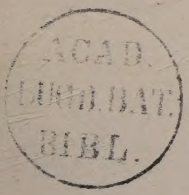
Der Übergang der Rechte von der Gründergesellschaft auf die Juristische Person.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig



eingereicht von

Erich Berlet
Referendar in Dresden.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1911.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Historisches 2

II. Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung: Juristische Personen 4

III. Gang der Gründung 9

IV. Die Gründervereinigung: Verein oder Gesellschaft?

1. Allgemeines 10
2. Die verschiedenen Ansichten 11
3. Der nicht rechtsfähige Verein und die Gesellschaft 13
4. Die Entstehung der juristischen Person privaten Rechts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 15
5. Die rechtliche Natur der Gründergesellschaft bei der Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung 17
6. Rechtliches Verhältnis der Gründer untereinander 19
7. Der Gründungsvorvertrag 19

V. Die einzelnen Gründungshandlungen.

1. Allgemeine Gesichtspunkte 20
2. Die Gründungsakte der Aktiengesellschaft.
   A. Der Gesellschaftsvertrag 21
   B. Die Aktienübernahme 23
   C. Die Aktienzeichnung 24
3. Der Gesellschaftsvertrag und das Einlageversprechen bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung 30
4. Die Sacheinlage 30

VI. Rechtliches Verhältnis der Gründergesellschaft zur Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung 32

VII. Die entstehende Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Rechtsverkehr.

Allgemeines 35

1. Rechtsgeschäfte der Gründer, durch welche die entstandene Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird 36
2. Sonstige Rechtsgeschäfte der Gründer 43
3. Das Handeln nach § 200 Abs. 1 HGB., § 11 Abs. 2 GmbHG. . . . 45

Literaturverzeichnis.

Lehrbücher, Kommentare, Abhandlungen usw.

Bähr = Gesellschaften mit beschränkter Haftung, von O. Bähr. Sonderabdruck aus den Grenzboten. Leipzig 1892.

Behrend = Lehrbuch des Handelsrechts, von Dr. J. Fr. Behrend. Bd. 1. 1896.

Birkenbihl = Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Erläutert von Ferdinand Birkenbihl. Berlin 1893.

Cosack = Lehrbuch des Handelsrechts, von Prof. Konrad Cosack. 7. Aufl. Stuttgart 1910.

Dernburg = Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, von Prof. Heinrich Dernburg. Bd. 1. Halle a. S. 1902.

Düringer-Hachenburg = Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Erläutert von A. Düringer und M. Hachenburg. 2. Aufl. Mannheim 1908.

Endemann = Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Herausgegeben von Dr. W. Endemann. Bd. 1. Leipzig 1881.

Esser = Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Erläutert von Robert Esser. 4. Aufl. Berlin 1908.

Förtsch = Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Erläutert von R. Förtsch. Leipzig 1892.

Gierke, GenTh. = Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, von Prof. Otto Gierke. Berlin 1887.

Gierke, V. o. R. = Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte. 2. Aufl.

Goldmann = Kommentar zum Handelsgesetzbuch, von Justizrat S. Goldmann. Berlin, Franz Vahlen.

Goldmann-Lilienthal = Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt, von E. Goldmann und L. Lilienthal. Bd. 1. Berlin 1903.

Goldschmidt = Alte und neue Formen der Handelsgesellschaft. Vortrag in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin gehalten den 19. 3. 1892 von Dr. L. Goldschmidt. Berlin, Verlag von Otto Liebmann, 1892.

Hellwig = Verträge auf Leistung an Dritte, von Dr. Konrad Hellwig. Leipzig 1899.

Hergenhahn = Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Erläutert von Th. Hergenhahn. Berlin 1892.

Hölder = Natürliche und juristische Personen, von Prof. Dr. Eduard Hölder. Leipzig 1905.

Homberger = Das Recht der entstehenden Aktiengesellschaft, von Dr. Ludwig Homberger. München 1906.

Lehmann = Das Recht der Aktiengesellschaften, von Prof. Carl Lehmann. Bd. 1.

Lehmann-Ring = Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Erläutert von Prof. C. Lehmann und Kammergerichtsrat V. Ring. Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1901/02.

Liebmann = Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, von Dr. J. Liebmann. 5. Aufl. Berlin 1906.

Makower = Handelsgesetzbuch mit Kommentar, von H. Makower. 12. Aufl., bearbeitet von Rechtsanwalt F. Makower. Berlin 1898.

Meurer = Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht, von Prof. Dr. jur. et phil. Christian Meurer. Stuttgart 1901.

Neukamp = Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Erläutert von Ernst Neukamp. Berlin 1893.

Parisius-Crüger = Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Systematische Darstellung und Kommentar von Ludolf Parisius und Dr. jur. Hans Crüger. 4. Aufl., bearbeitet von Dr. Hans Crüger. Berlin 1906.

Petersen-Pechmann = Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften v. 18. 7. 1884. Erläutert durch Dr. Julius Petersen und Wilhelm Frhr. v. Pechmann. Leipzig 1890.

Pinner = Das deutsche Aktienrecht. Kommentar zu Buch 2 Abschn. 3 u. 4 des Handelsgesetzbuches von Albert Pinner. Berlin 1899.

Renaud = Das Recht der Aktiengesellschaften, von Achilles Renaud. 2. Aufl. Leipzig 1875.

Ring = Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften v. 18. 7. 1884. Erläutert von Viktor Ring. Berlin 1893.

Staub, GmbH. = Staubs Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 3. vermehrte Aufl., bearbeitet von Dr. Max Hachenburg. Berlin 1909.

Staub, HGB. = Kommentar zum Handelsgesetzbuch, von Hermann Staub. 8. Aufl. Berlin 1906.

Staudingers Komm. = Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. 5./6. Aufl.

Thöl = Das Handelsrecht, von Dr. Heinrich Thöl. 5. Aufl. Leipzig 1875.

Zeitschriften, Sammlungen von Entscheidungen.

DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.

Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begründet von Dr. Gruchot.

Holdheim = Wochenschrift, später Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, seit 1897 Monatsschrift für Handelsrecht. Begründet von Dr. Paul Holdheim.

JurW. = Juristische Wochenschrift.

OLGR. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Recht = Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand.

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

RGSt. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

ROHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Seufferts Arch. = J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

ZHR. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Herausgegeben von Goldschmidt, v. Hahn, Keyßner, Laband und Sachs.

Materialien.

Allgem. Begründung zum Gesetz von 1884. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags 1884. Bd. 3.

Begründung zum Gesetzentwurf betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags. Session 1890/92. Anl.-Bd. 5.

Bericht der VII. Kommission zur Beratung des Genossenschaftsgesetzes. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags 1888/89. Anl.-Bd. 2.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags 1895/97. Anl.-Bd. 6.

Nürnberger Protokolle = Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs. Im Auftrage dieser Kommission herausgegeben von J. Lutz. Teil 3. Würzburg 1858.

Einleitung.

Zur Entstehung einer Aktiengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind nach deutschem Reichsrecht in der Hauptsache zwei Rechtsakte erforderlich:

der Abschluß des Gesellschaftsvertrages (Konstituierung der Gesellschaft) und die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister.

§ 200 HGB. und § 11 GmbHG. bestimmen gleichlautend:

„Vor erfolgter Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Aktiengesellschaft (Gesellschaft mit beschränkter Haftung) als solche nicht".

Eine Gesellschaft aber ist bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung bereits vor der Eintragung vorhanden, nämlich eine Vereinigung derjenigen Personen, die den Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben. Diese, bei der Aktiengesellschaft Gründer, bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung Gesellschafter genannt, sind in der Erwartung zusammengetreten, daß eine Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. nach dem von ihnen festgesetzten Gesellschaftsvertrag durch Eintragung in das Handelsregister ins Leben trete.

Von dieser Vereinigung werden nun in der Zwischenzeit vom Abschlusse des Gesellschaftsvertrages bis zur erfolgten Eintragung ins Handelsregister häufig bereits Rechte erworben und Verbindlichkeiten eingegangen in der Absicht, daß nach Eintragung der Gesellschaft diese aus den so geschlossenen Verträgen berechtigt und verpflichtet werden soll.

Darzulegen, wie der Übergang dieser Rechte und Verbindlichkeiten von der genannten Vereinigung der Gründer oder Gesellschafter auf die Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung sich vollzieht, welche Haftungsverhältnisse insbesondere hierbei eintreten können, soll im folgenden meine Aufgabe sein, wobei sich eine kurze Darstellung des Gründungsherganges für beide Gesellschaftsarten nötig machen, insbesondere aber der rechtliche Charakter der beiden Gesellschaften sowie der vor Eintragung ins Handelsregister bestehenden Gründer- oder Gesellschaftervereinigung und deren rechtliches Verhältnis zur späteren Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu beleuchten sein wird.

I. Historisches.[1])

1. Die Aktiengesellschaft.

Die Aktiengesellschaft ist aus einer zweifachen Wurzel hervorgegangen:

a) aus den italienischen Staatsgläubigervereinen (maonae oder montes genannt, als ältestes Beispiel die maona von Chios 1346) und

b) aus den in Holland, England, Frankreich, Deutschland usw. seit dem 17. Jahrhundert entstandenen Handelskompagnien.

So gab es bereits seit dem 15. Jahrhundert eine Anzahl Aktiengesellschaften, deren jede durch ein besonderes Privileg (octroi) gegründet ihr Recht lediglich aus diesem Privileg und weiteren zu dessen Ergänzung von der Staatsregierung festgestellten oder von der Gesellschaft selbst beschlossenen Statuten empfing. Ein einheitliches Aktienrecht hat erst der Code de commerce mit seinen Bestimmungen über die „société anonyme“ (Art. 19, 29 bis 38, 40, 45) geschaffen, während die ersten Aktiengesetze in Deutschland das preußische v. 3. 11. 1838 (für Eisenbahngesellschaften) und v. 9. 11. 1843 waren.

Eine Erweiterung der Bestimmungen über die Aktiengesellschaften brachte das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch, hielt jedoch nach dem Vorgang des Code de commerce und der preußischen Aktiengesetze an dem alten Privilegiensystem (auch Konzessionssystem genannt) insofern fest, als es zur Gründung einer Aktiengesellschaft die jedesmalige staatliche Erlaubnis forderte, jedoch der Landesgesetzgebung überließ, von der Konzessionierung Abstand zu nehmen.

Die sogen. erste Aktiennovelle v. 11. 6. 1870 hob das Erfordernis staatlicher Genehmigung ganz auf und führte ein System fester „Normativbestimmungen“ ein, welche dem Zwecke dienen sollten, einerseits den Entstehungshergang wie das Funktionieren der nun auf eigenen Füßen stehenden Gesellschaft rechtlich zu ordnen und andererseits Schutz gegen unlautere Manipulationen zu gewähren. Dies letztere Ziel erreichte die Aktiennovelle, wie die trüben Vorgänge der sogen. Gründungsperiode im Anfange der siebziger Jahre lehrten, nicht.

Die sogen. zweite Aktiennovelle v. 18. 7. 1884 suchte die zutage getretenen Mißstände durch eine Reihe scharfer strafrechtlicher und genau reglementierender zivilrechtlicher Bestimmungen für die Zukunft zu verhüten.

---

[1]) Lehmann Bd. 1 Abschn. 1; Staub, GmbH. Allgem. Einl.

Die Bestimmungen dieses Gesetzes haben sich im ganzen bewährt. Seine grundsätzlichen Gedanken sind auch bei der im Anschluß an das Bürgerliche Gesetzbuch erfolgten Revision des Handelsgesetzbuches in den auf die Aktiengesellschaften bezüglichen §§ 178—319 beibehalten worden. Im einzelnen hat das bisherige Recht zahlreiche Änderungen und Ergänzungen erfahren, die sich insbesondere auf die Revision von Gründungen, die Erhöhung und Herabsetzung des Grundkapitals, die Veräußerung des Vermögens im Ganzen und die Nichtigkeitserklärung von Aktiengesellschaften beziehen. In der Form unterscheiden sich die aktienrechtlichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches v. 10. 5. 1897 insofern äußerlich von dem Gesetz v. 18. 7. 1884, als nunmehr das Aktienrecht dem Rechte der Kommanditgesellschaften auf Aktien vorausgeht.

2. Die Gesellschaft m. b. H.

Während hiernach unsere Aktiengesellschaft in jahrhundertelanger Entwicklung aus dem europäischen Recht hervorgewachsen ist, stellt die Gesellschaft m. b. H. eine Schöpfung neuesten Datums und spezifisch deutschen Rechts dar. Am Ausgange der achtziger Jahre vorigen Jahrhunderts war von Vertretern des Handelsstandes und im Parlament mehrfach der Wunsch geäußert worden, den bestehenden Gesellschaftsformen eine neue hinzuzufügen, bei welcher die Teilnehmer lediglich ihr eingelegtes Kapital riskieren, ohne zu der komplizierten Organisation und den schweren Anforderungen des Aktiengesellschaftsrechts greifen zu müssen. Diesen Anregungen folgend wurde im Reichsjustizamt der Entwurf eines Gesetzes betr. die Gesellschaften m. b. H. ausgearbeitet, gelangte in der Sitzung des Reichstages v. 19. 2. 1892 zur 1. Lesung und wurde nach kommissarischer Durchberatung in der Sitzung v. 21. 3. 1892 in 3. Lesung en bloc angenommen.

Das Gesetz wurde nach erfolgter Zustimmung des Bundesrates am 20. 4. 1892 publiziert und hat am 19. 5. 1892 Gesetzeskraft erlangt.

Im Art. 11 EG. z. HGB. v. 10. 5. 1897 wurden mehrfache Änderungen des Gesetzes vorgenommen. Auf Grund der daselbst in Art. 13 erteilten Ermächtigung ist das Gesetz in der Fassung, wie es vom 1. 1. 1900 ab gilt, vom Reichskanzler durch Bekanntmachung v. 20. 5. 1898 neu publiziert worden.

II. Aktiengesellschaft und Gesellschaft m. b. H.: Juristische Personen.

Definitionen der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft m. b. H. stellen das Handelsgesetzbuch und das Gesetz betr. die Gesellschaften m. b. H. nicht auf.

Ring (bei Lehmann-Ring § 178) definiert die Aktiengesellschaft als „einen Verein, bei dem die Mitgliedschaft auf einer begrenzten Kapitaleinlage beruht, die Einlagebeträge erschöpfende Teile (Aktien) einer vorweg veranschlagten Geldsumme (Grundkapital) sind und das Verhältnis der einzelnen Aktien zu dem Grundkapital das Maß der Mitgliedschaft bestimmt", während Liebmann (a. a. O. § 13, 1) die gesetzlichen Merkmale der Gesellschaft m. b. H. dahin zusammenfaßt:

„Die Gesellschaft m. b. H. ist eine als solche bezeichnete, zu einem gesetzlich zulässigen Zweck errichtete, mit eigenem Vermögen und selbständigen Rechten und Pflichten ausgestattete Vereinigung mehrerer Personen (Gesellschafter), deren Haftung auf einen bestimmten Betrag beschränkt ist, ohne daß sie über diesen hinaus für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft aufzukommen haben".

Ob den so definierten Vereinigungen juristische Persönlichkeit zuzuerkennen sei, war lange Zeit streitig.

Was zunächst die Aktiengesellschaft anlangt, so hat sich die Wissenschaft in Deutschland nur zögernd zur Anerkennung derselben als juristischer Person entschlossen, während die Jurisprudenz anderer Länder an der juristischen Persönlichkeit der Aktiengesellschaft niemals ernsthaft gezweifelt hat.

Als Ursachen des heftigen Streites um die rechtliche Natur der Aktiengesellschaft in Deutschland bezeichnet Lehmann (a. a. O. Bd. 1 S. 230) einmal den Mangel an geschichtlicher Forschung auf diesem Gebiete, der dazu verleitete, das aus der europäischen Rechtsentwicklung hervorgewachsene und aus Privilegien der einzelnen Regierungen geschaffene, erst dann in den Boden des Landesrechts verpflanzte Institut in engherziger Beschränkung auf das eigene Quellengebiet erklären zu wollen, zum andern die von den Romanisten vertretene Auffassungsweise, welche nach dem Vorbilde des physischen Individuums die Korporation als in sich geschlossene künstliche Person von ihren Mitgliedern isolierte und so kaum einer Gesellschaft juristische Persönlichkeit zusprechen konnte, welche nur für ihre Glieder da war, deren Vermögen nur den Zwecken ihrer Glieder dienen und an diese nach ihrer Auflösung fallen, deren Erträgnisse den Mitgliedern gebühren sollten.

Die Einen meinten nun, die Aktiengesellschaft unter den Begriff der deutschrechtlichen Genossenschaften subsumieren zu sollen, die Mehrzahl begnügte sich mit dem Begriff der modifizierten Sozietät.

Der Brennpunkt, in dem alle die juristische Persönlichkeit leugnenden Theorien zusammenlaufen, war und ist das Verhältnis der Aktionäre zum Gesellschaftsvermögen. Einen Stützpunkt fanden diese Theorien scheinbar in dem jetzt beseitigten Art. 216 a. HGB., welcher aussprach: „Jeder Aktionär hat einen verhältnismäßigen Anteil an dem Vermögen der Gesellschaft". Dieser Bestimmung des Art. 216 schreibt aber Lehmann (a. a. O. Bd. 1 S. 240) in seinen ausführlichen Erörterungen auf Grund seiner Entstehungsgeschichte lediglich die Bedeutung zu, daß er die nach Aktien sich richtende proportionelle Beteiligung des Einzelaktionärs am Gesellschaftsvermögen zum klaren Ausdruck bringen sollte.

In neuerer Zeit ist die Streitfrage als entschieden zu betrachten:

Die Aktiengesellschaft ist juristische Person.

Auf diesem Standpunkt stehen die neuere Literatur[1]) und fast alle Kommentatoren.[2]) Auch die Praxis des Reichsgerichts befindet sich im Einklang mit der in der Theorie siegreichen Lehre.[3])

Ihre Richtigkeit ergibt sich aus § 210 Abs. 1 HGB., wonach die Aktiengesellschaft als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten hat, und aus dem Inbegriff der gesetzlichen Normen, namentlich aus dem Ausschluß persönlicher Haftung der Mitglieder für die Schulden der Aktiengesellschaft, aus der Ausgestaltung der Aktiengesellschaft als Mehrheitsverband, aus ihrer Begabung mit Organen zur Bildung und Ausführung eines Gemeinwillens.

Das Gleiche gilt für die Gesellschaft m. b. H.

§ 13 Abs. 1 GmbHG. bestimmt gleichlautend mit § 210 Abs. 1 HGB.:

„Die Gesellschaft m. b. H. als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten" usw., und Abs. 2 sagt weiter: „Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen". Damit ist die Gesellschaft m. b. H. zur juristischen Person erhoben. Sie hat Körperschaftsrechte und bildet so wie die Aktiengesellschaft und die eingetragene Genossenschaft einen Verband, dessen juristische Persönlichkeit die moderne Gesetzgebung indirekt anerkannt hat.[4]) Demgegenüber erscheint unbeachtlich, daß die Begründung zum 2. Entw. S. 46 ausführt,

---

[1]) vgl. Lehmann Bd. 1 S. 227 ff.; Gierke, GenTh. S. 41; Cosack § 202.
[2]) Staub, HGB. § 210; Lehmann-Ring S. 472; Makower § 178 Ib.
[3]) RG. Bd. 6 S. 71, Bd. 7 S. 69.
[4]) vgl. Gierke, GenTh. S. 38.

es solle die Frage, ob die Gesellschaft m. b. H. als juristische Person zu betrachten sei, nicht mit der Bestimmung über die Fähigkeit der Gesellschaft zum selbständigen Vermögenserwerb und zur Prozeßführung entschieden werden. Wurde doch schon bei der Beratung des Handelsgesetzbuchs darauf hingewiesen, daß die Fassung des Art. 213 Abs. 1 (jetzt § 210 Abs. 1) mit Notwendigkeit zu der Erklärung der Aktiengesellschaft als einer juristischen Person hinführe (Nürnberger Prot. S. 1039), und ist doch auch für das Genossenschaftsgesetz v. 1. 5. 1889 (§ 17) seitens der Reichstagskommission die gedachte Fassung gerade deshalb eingeführt worden, um dadurch deutlich die Auffassung der eingetragenen Genossenschaft als einer juristischen Person auszudrücken.[5])

So ist auch die Annahme, daß die Gesellschaft m. b. H. eine juristische Person ist, weitaus die herrschende Ansicht. Sie wird überwiegend von der Literatur,[6]) von allen Kommentatoren[7]) und auch vom Reichsgericht in seinen Entscheidungen v. 30. 5. 1902 (in JurW. S. 394), v. 1. 10. 1902 (in DJZ. Bd. 7 S. 546 47) und v. 19. 2. 1904 (in JurW. 1904 S. 167) vertreten.

Eine abweichende Meinung vertreten zurzeit nur noch Meurer,[8]) der die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft m. b. H. ebenso wie die eingetragenen Genossenschaften nur als Gesellschaften mit formeller Rechtsfähigkeit gelten lassen will, Hölder,[9]) der die eingetragenen Genossenschaften zwar als juristische Personen gelten läßt, der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft m. b. H. aber diesen Charakter abspricht, weil er auf Grund seiner Theorie zu der Schlußfolgerung gelangt, daß bei beiden Gesellschaften der Gesellschafter notwendigerweise mit den anderen Gesellschaftern zusammen Subjekt des Gesellschaftsvermögens sein müsse, und Kiesel,[10]) dessen Werk mir leider nicht zur Verfügung stand.

Eine Widerlegung der Theorien Meurers[11]) und Hölders

---

[5]) Komm.-Ber. z. GenG. S. 16, Ber. der VII. Kommission für die Beratung des GenG. (Drucks. 1888/89 Nr. 132; Stenogr. Ber. S. 801).

[6]) vgl. Goldschmidt, Alte und neue Formen der Handelsgesellschaft S. 32, 34 (der de lege ferenda allerdings anderer Ansicht ist); so auch Bähr, GmbH. S. 8; Simon bei Holdheim 1892 Nr. 23 S. 225; Kahn bei Holdheim Nr. 38/39 S. 58.

[7]) Neukamp § 13, 1; Förtsch § 13, 1 zu Abs. 1; Birkenbihl § 13 zu Abs. 1; Parisius-Crüger S. 38; Esser zu § 13; Liebmann § 1 Nr. 1, § 13 Nr. 1.

[8]) Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht, Stuttgart 1901, S. 72 ff.

[9]) Natürl. u. jur. Pers., Leipzig 1905, S. 330/31.

[10]) Die GmbH. und ihre Heranziehung zur Staatseinkommensteuer 1906 (zit. bei Staub, GmbH. § 13 Anm. 3).

[11]) a. a. O. S. 99: „Die Anteile der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen sind nicht Forderungen gegen die Gesellschaft als ein von ihnen verschiedenes Rechtssubjekt, sondern Teile des Gesamtrechts der Gesellschaft ... Sie sind auch

ist nur dann möglich, wenn man mit Gierke (GenTh. S. 330) dem einzelnen Mitglied mit Bezug auf das Vermögen der Aktiengesellschaft (oder Gesellschaft m. b. H.) unentziehbare, in der Mitgliedschaft beruhende Sonderrechte zubilligt und damit zugleich anerkennt, daß die Kategorien des dinglichen und obligatorischen Rechts, mit denen namentlich die Praxis noch immer operiert, zur Konstruktion der vermögensrechtlichen Anrechte der Gesellschafter nicht ausreichen, sondern „einer dem Sozialrecht angehörigen Eigentumsordnung auch eigenartige sachenrechtliche Begriffe von sozialrechtlicher Färbung entspringen müssen". Gierke (GenTh. S. 330) gelangt zu dem Resultat: „Unter dem Gesichtspunkt einer verfassungsmäßigen Verteilung der an einem Vermögensinbegriff begründeten Privatrechtsherrschaft zwischen der einheitlichen und vielheitlichen Rechtssubjektivität der genossenschaftlich verbundenen Gesamtheit wird es möglich, das durch die Sonderrechte beschränkte Eigentum der Aktiengesellschaft und die durch das Körperschaftsrecht gebundenen Anteile der Aktionäre als zwei sachenrechtliche Befugnissphären (sich) vorzustellen, welche einerseits begrifflich zusammengehören und nur in ihrer verfassungsmäßigen Zusammenordnung sich zur Totalität des Individualeigentums ergänzen, andererseits aber für sich betrachtet einander selbständig und gleichberechtigt gegenübertreten".[12])

Steht nach alledem fest, daß die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft m. b. H. juristische Personen, und zwar, da alle Kriterien für Annahme öffentlichrechtlicher juristischer Personen fehlen, solche des Privatrechts sind, so ist gleichzeitig damit die Rechts- und Handlungsfähigkeit beider Gesellschaften gegeben,[13]) die sich auf dem Gebiete des Privatrechts vornehmlich, wenn auch nicht ausschließlich, in vermögensrechtlicher Beziehung äußert.

Aktiengesellschaft und Gesellschaft m. b. H. als juristische Personen sind aber ferner, da sie eine Mehrheit von Mitgliedern zur Einheit zusammenfassen, rechtsfähige Vereine, und zwar nach § 210 HGB. oder § 13 GmbHG. auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtete rechtsfähige Vereine (vgl. § 6 Abs. 2 HGB.). Ihre Rechtsfähigkeit erlangen sie auf Grund besonderer reichsgesetzlicher Bestimmungen (HGB. § 200, GmbHG. § 11) durch Eintragung in das Handelsregister.

Prinzipiell haben daher die allgemeinen Vorschriften des

---

nicht Miteigentum, sondern gebundene Teilrechte, Anteile am Gesamteigentum, die der einseitigen Disposition der einzelnen Gesellschafter entzogen sind und durch die Teilungsklage nicht zur Realteilung des Gesamtvermögens führen können".

[12]) vgl. auch Lehmann Bd. 1 S. 248.

[13]) vgl. Lehmann Bd. 1 S. 253 ff.

Bürgerlichen Gesetzbuchs über rechtsfähige Vereine (§§ 24—53) auch für die Aktiengesellschaft und Gesellschaft m. b. H. ergänzend Anwendung zu finden (Art. 2 EG. z. HGB.). Denn es ist davon auszugehen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch das gesamte Privatrecht für das ganze Vereinswesen regeln will unter Aufrechterhaltung der besonderen reichsgesetzlichen Vorschriften (BGB. §§ 22, 23; EG. z. BGB. Art. 32), und dies ergibt sich aus dem Gesetzbuch selbst. Die §§ 21—23 BGB. regeln die Rechtsfähigkeit aller Privatvereine, §§ 21 u. 22 aller inländischen, § 23 der ausländischen. § 21 umfaßt alle Vereine mit idealen Zwecken, § 22 bestimmt die Rechtsfähigkeit aller Vereine, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, indem er solche in zwei Gruppen teilt: 1. solche, die nach besonderen reichsgesetzlichen Vorschriften sich bilden dürfen, und 2. solche, die die Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung erlangen.

Zu der ersten Gruppe gehören mit den Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Kolonialgesellschaften, Innungen, Hilfs- und Krankenkassen usw. die handelsrechtlichen Gesellschaften, darunter die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft m. b. H. Wenn dann hieran anschließend in den §§ 24—53 BGB. weitere allgemeine Vorschriften für die Vereine folgen, so ist der Schluß unabweisbar, daß diese Vorschriften sich auch auf diejenigen Vereine beziehen, welche reichsgesetzlich geordnet sind, wie sie nach Art. 163 EG. z. BGB. auch auf die zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes bestehenden juristischen Personen Anwendung finden sollen. Nun sind aber Aktiengesellschaft und Gesellschaft m. b. H., wie oben ausgeführt, juristische Personen, und ist überdies in Art. 2 EG. z. HGB. die Subsidiarität des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Recht der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft m. b. H. ausdrücklich anerkannt.

So für die Aktiengesellschaft: RG. v. 23. 1. 1903 (in JurW. 1903 5. Anl. S. 39), Staub (HGB. § 178 Anm. 9), Makower (S. 347 II), Ring (bei Lehmann-Ring S. 473), Lehmann (Bd. 1 S. 102), Simon (ZHR. Bd. 49 S. 8 ff.); für die Gesellschaft m. b. H.: Staub (GmbH. Allgem. Einl. Anm. 3), Neukamp (§ 13, 1 d), Parisius-Crüger (§ 1 Nr. 1), Liebmann (§ 1 Nr. 1).

Dagegen: Pinner (ZHR. Bd. 50 S. 105), Dernburg (Bd. 1 § 82 IV, mit der Einschränkung, daß § 31 BGB. — Haftung der Körperschaften für ihre Organe — als „allgemeiner Grundsatz" auch auf die Aktiengesellschaft Anwendung finde), Goldmann-Lilienthal (Komm. z. BGB. Bd. 1 S. 52), sämtliche von Hachenburg (bei Staub, GmbH. Allgem. Einl. Anm. 3) treffend widerlegt.

III. Gang der Gründung.

Nachdem so die rechtliche Natur der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft m. b. H. als juristischer Personen festgestellt worden ist, macht sich eine kurze Skizzierung des Gründungsherganges für beide Gesellschaftsarten notwendig.

Bei der Aktiengesellschaft sind zwei Gründungsarten zu unterscheiden:

1. Die Simultangründung (auch Einheits- oder Gleichgründung genannt). Diese liegt dann vor, wenn sämtliche Aktien von den Gründern, d. h. von den Statutfeststellern und etwaigen Sacheinlegern (§ 187 HGB.) übernommen werden. Ihr Gang ist kurz folgender: Zunächst wird von mindestens fünf Personen der Gesellschaftsvertrag festgestellt (§ 182 HGB.). Gleichzeitig oder nachträglich erfolgt die Übernahme der Aktien durch die Gründer (§§ 182, 188 HGB.). Nach Übernahme sämtlicher Aktien gilt die Gesellschaft als errichtet (§ 188 HGB.). Gleichzeitig oder nachträglich erfolgt die Wahl des Vorstandes und Aufsichtsrates (§ 190 HGB.). Im Falle einer qualifizierten Gründung (§ 186 Abs. 2 HGB.) ist eine Gründererklärung abzugeben (§ 191 HGB.). Vorstand und Aufsichtsrat und etwaige Revisoren haben die Gründung zu prüfen und hierüber Bericht zu erstatten (§ 192 HGB.). Sodann erfolgt die Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister durch sämtliche Gründer, die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates (§ 195 HGB.) und endlich die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister (§ 198 HGB.).

2. Die Sukzessivgründung (Stufengründung). Sie liegt dann vor, wenn die Statutfeststeller und etwaigen Sacheinleger nicht sämtliche Aktien übernehmen, sondern der Rest der Aktien durch Zeichnung anderer Personen aufgebracht wird. Sie unterscheidet sich von der Simultangründung im wesentlichen dadurch, daß nach der Feststellung des Gesellschaftsvertrages gemäß § 182 HGB. zunächst die Zeichnung der Aktien (§ 189 HGB.) erfolgt, daß nach Vollzeichnung des Grundkapitals eine Generalversammlung zur Wahl des Aufsichtsrates und gegebenenfalls des Vorstandes zu berufen ist (§ 190 HGB.) und schließlich die Errichtung der Gesellschaft erst in einer nach Abgabe der Gründererklärung, Prüfung und Berichterstattung durch Vorstand, Aufsichtsrat und Revisoren und nach Anmeldung zum Handelsregister vom Gericht zu berufenden Generalversammlung erfolgt (§ 196 HGB.). Erst auf Grund des Errichtungsbeschlusses dieser Generalversammlung kann dann die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister gemäß § 198 HGB. bewirkt werden.

Wesentlich einfacher gestaltet sich die Gründung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Sie ist nur als Simultangründung möglich. Das Gesetz unterscheidet deshalb auch nicht die Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages von der Errichtung der Gesellschaft. Eine bestimmte Anzahl Gesellschafter ist nicht vorgeschrieben, doch müssen mindestens zwei Gesellschafter (physische oder juristische Personen oder auch Handelsgesellschaften mit Parteifähigkeit) den Gesellschaftsvertrag in der nach § 2 des Gesetzes geforderten Form abschließen. Gemäß § 5 sind einer oder mehrere Geschäftsführer zu bestellen, die nach § 7 die Gesellschaft bei Gericht zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden haben (§ 78 GmbHG.). Die Eintragung ins Handelsregister erfolgt nach § 10 des Gesetzes.

IV. Die Gründervereinigung: Verein oder Gesellschaft?

1. Allgemeines.

§ 200 Abs. 1 HGB. lautet:

„Vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht".

Die gleiche Bestimmung trifft das Gesetz betr. die Gesellschaften m. b. H. für die Gesellschaft m. b. H.

Wenn das Gesetz bestimmt, daß vor der Eintragung ins Handelsregister die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft m. b. H. „als solche" nicht bestehen, so bedeutet dies unzweifelhaft, daß bis zur erfolgten Eintragung die juristische Person der Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. nicht vorhanden ist. Nun geht aber aus dem oben gegebenen Gründungshergange für beide Gesellschaften hervor, daß bei der Aktiengesellschaft bereits vom Momente der Feststellung des Gesellschaftsvertrages, bei der Gesellschaft m. b. H. vom Abschluß des Gesellschaftsvertrages an eine Vereinigung von Personen vorhanden ist, die ein gemeinschaftliches Band umschlingt. Eine genaue Untersuchung, welcher Art dieses Band sei, ist unumgänglich notwendig, wenn man feststellen will, in welcher Weise diese Vereinigung im Rechtsverkehr handelnd auftreten kann, und inwieweit durch ihr Handeln die künftige Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. verpflichtet und berechtigt wird, inwieweit andererseits aber etwa infolge der noch mangelnden juristischen Persönlichkeit und auf Grund

positiver gesetzlicher Bestimmungen die Mitglieder dieser Vereinigung für die im Gründungsstadium getätigten Rechtshandlungen persönlich haften.

2. Die verschiedenen Ansichten.

Bei der Aktiengesellschaft besteht diese Vereinigung aus den Gründern nach § 187 HGB., also aus den Statutfeststellern und etwaigen Sacheinlegern, bei der Gesellschaft m. b. H. aus allen Gesellschaftern, die den Gesellschaftsvertrag nach § 2 GmbHG. abschließen.

Es ist streitig, als welches rechtliche Gebilde die vor Eintragung ins Handelsregister bestehende Gründergesellschaft bezw. Gesellschaftervereinigung (beide der Einfachheit halber im folgenden Gründergesellschaft genannt) aufzufassen sei.

In Frage kommen, da es sich um eine Vereinigung von Personen ohne Rechtsfähigkeit handelt, nach unserem Rechte nur zwei Formen:

Entweder die Gründergesellschaft stellt eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB.) vor oder sie ist ein nicht rechtsfähiger Verein (§ 54 BGB.).

Eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nehmen an: das Reichsgericht in seinen Entscheidungen (RGSt. Bd. 36 S. 73; RG. Bd. 18 S. 66, Bd. 58 S. 56, in JurW. 1904 S. 395 [27]), ferner das preuß. Oberverwaltungsgericht in seiner Entscheidung v. 20. 2. 1902 (in DJZ. 1902 S. 511), ebenso Staub (HGB. § 188 Anm. 4), Müller[1]) (in DJZ. 1905 S. 809), Pinner (§ 187 II), Dernburg (Bd. 1 § 74 I), Förtsch (§ 2 Note 4), Esser (zu § 11), Liebmann (§ 11 Nr. 2).

Gegen diese Auffassung und für die Annahme eines nicht rechtsfähigen Vereins: Makower (§ 188 IIb), Ring (bei Lehmann-Ring § 200 Anm. 1), Gierke (GenTh. S. 129 Anm. 2), derselbe (V. o. R. S. 7), L. Homberger (Das Recht der entstehenden Aktiengesellschaft S. 21), Löwenfeld (in Staudingers Komm. Vorbem. zu § 21 II, 1).

Im einzelnen sind sich die Vertreter dieser Theorie nicht einig. Während Makower (§ 200 I) annimmt, daß bei der Aktiengesellschaft mit der Errichtung, bei der Stufengründung

---

[1]) Modifiziert je nach der konkreten Sachlage, Gesellschaft oder Verein: „Das entscheidende Kriterium dürfte sein, ob die Beteiligten schon vor der Eintragung einen Verein, wie er auch nach der Eintragung bestehen soll, bilden wollen und dementsprechend im Rechtsverkehr auftreten, oder ob sie in dieser Zeit sich nur vorübergehend zur Konstituierung eines rechtsfähigen Vereins zusammengeschlossen haben, um sich dann erst nach ihrer Eintragung als Verein zu betätigen".

„in gewissen Beziehungen bereits mit der Erreichung der ersten Errichtungsstufe" ein Verein vorhanden sei (ein Gebilde, das in gewissen Beziehungen ein Verein, sonst aber überhaupt nicht vorhanden ist, läßt sich nach unseren Rechtsbegriffen aber nicht wohl denken) und sogar behauptet (§ 195 Ic), daß eine in der Form der Aktiengesellschaft „errichtete" Gesellschaft schon vor der Eintragung als juristische Person anzusehen und deshalb, falls sie ein Handelsgewerbe im Umfange des § 2 HGB. betreibe, nach § 33 HGB. eintragungspflichtig sei, bezeichnet Ring (bei Lehmann-Ring § 200 Nr. 1) wohl die „errichtete" Gesellschaft als Verein nach § 54 BGB., leugnet aber vor der Errichtung jedes rechtliche Band. Er läßt die Beteiligten bis dahin nur tatsächlich durch Gemeinschaft der Interessen verknüpft, vom Gesetz aber wegen dieser Gemeinschaft vorweg als Mehrheitsverband organisiert sein. Homberger (a. a. O. S. 24) kommt in konsequenter Durchführung seiner Theorie zu dem Resultat, daß die entstehende Aktiengesellschaft schon vor ihrer Errichtung als Verein ohne Rechtsfähigkeit anzusehen ist.

Eine dritte Ansicht ist die von Hergenhahn (a. a. O. § 11 Nr. 1) und von Parisius-Crüger (a. a. O. § 1 Nr. 1) für die Gesellschaft m. b. H. vertretene: Daß bereits mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages die Gesellschaft m. b. H. nach innen bestehe. Diese Auffassung ist gegenüber dem klaren Wortlaut des § 11, der ohne Zwang eine Unterscheidung zwischen der inneren und äußeren Seite nicht zuläßt, unhaltbar. Aus der Bestimmung des § 11 ergibt sich vielmehr, daß die gegründete Gesellschaft überhaupt nicht, also auch nach innen nicht, als Gesellschaft m. b. H. gelten kann, bevor sie eingetragen ist. Diese Theorie ist deshalb auch von Liebmann (a. a. O. § 11 Nr. 2) in seiner Neubearbeitung des Hergenhahnschen Kommentars fallen gelassen worden.

Schließlich ist noch kurz die Ansicht von Birkenbihl (a. a. O. § 11 Nr. 2) zu erwähnen. Er folgert aus der Bestimmung des § 11 GmbHG. sowie daraus, daß mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages nicht etwa ein auf Errichtung einer Gesellschaft m. b. H. gerichteter Vertrag, sondern bereits der Gesellschaftsvertrag selbst unter der stillschweigenden Voraussetzung der demnächstigen Entstehung der Gesellschaft durch Eintragung abgeschlossen sei, daß bis zu diesem Zeitpunkte nicht nur keine Gesellschaft m. b. H., sondern überhaupt keinerlei Gesellschaft bestehe. Er bezeichnet deshalb das Tätigwerden der Geschäftsführer als Organe einer noch gar nicht existierenden Gesellschaft als eine auf ausdrücklicher Anordnung beruhende Anomalie. Indem er aber zugibt, daß sich „das Verhältnis der Unterzeichner des Gesellschaftsvertrages auf Grund des bürgerlichen Rechts nach

den zwischen denselben etwa getroffenen Vereinbarungen" bestimme, und daß „die Unterzeichner bereits gewisse Verpflichtungen eingegangen haben, beispielsweise diejenigen, der Gesellschaft anzugehören, sobald sie entstanden ist, und bereits vor deren Entstehen Beiträge für sie zu leisten", gibt er auch indirekt die Möglichkeit des Bestehens eines Gesellschaftsverhältnisses im Sinne des § 705 BGB. zwischen den Beteiligten zu.

3. Der nicht rechtsfähige Verein und die Gesellschaft.

Daß also ein rechtliches Band die Beteiligten bereits vor der Eintragung vereint, ist als unstreitig zu betrachten.

Bei unserer Untersuchung ist zunächst davon auszugehen, daß der nicht rechtsfähige Verein keine Gesellschaft ist, sondern gleich dem rechtsfähigen Verein eine sogen. korporative Substratsbildung besitzt.[2]) Das Bürgerliche Gesetzbuch erkennt dies unzweideutig an, indem es ihn mit dem gleichen Namen wie die von ihm geregelten Körperschaften nennt und von ihm mitten in der Lehre von den juristischen Personen handelt. Vereine mit und ohne Rechtsfähigkeit sind Vereine; sie unterscheiden sich durch das ungleiche Maß von Wirksamkeit, das die Rechtsordnung dem gleichen Tatbestande beilegt, bleiben aber Wesenheiten gleicher Art.

Es ist nun die Frage: Was unterscheidet den nicht rechtsfähigen Verein von der Gesellschaft?

§ 54 BGB. bestimmt, daß die nicht rechtsfähigen Vereine dem Gesellschaftsrecht unterstehen, also, ohne Gesellschaften zu sein, ganz wie Gesellschaften behandelt werden sollen, allerdings vorbehaltlich von Ausnahmen, welche sie den rechtsfähigen Vereinen nähern und von denen die eine schon in § 54 BGB. vorgesehen ist.[3]) Was freilich unter einem Verein zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht. Das Reichsgericht stellt in seiner Entscheidung v. 7. 3. 1900 (DJZ. Bd. 5 S. 207) den Vereinsbegriff dahin fest, daß der Verein aus einer unbestimmten Anzahl von Personen besteht, daß er eine durch Statut geregelte Organisation hat, und daß er nach außen durch einen Vorsitzenden vertreten wird.

Nun sind die Vorschriften über Gesellschaften aber zum großen Teile nicht zwingender, sondern nachgiebiger Natur und können daher durch den Gesellschaftsvertrag dem Vereinsrechte genähert werden.[4])

---

[2]) vgl. Meurer § 7; Gierke, V. o. R. S. 12; Dernburg Bd. 1 § 79. Dagegen Hölder a. a. O. S. 283 ff., der den nicht rechtsfähigen Verein als einen besonderen Fall der Gesellschaft betrachtet wissen will.

[3]) Weitere Ausnahmen §§ 50 Abs. 2, 735 ZPO., §§ 213, 207, 208 KO.

[4]) vgl. Gierke, V. o. R. S. 10.

Meurer (a. a. O. S. 69) kommt deshalb der oben erwähnten Ansicht des Reichsgerichts folgend zu dem Schlusse: „Vor allem müssen im Verein die drei Voraussetzungen: des Mitgliederwechsels, der Organisation und der Vorstandschaft erfüllt sein. Das ist conditio sine qua non. Aber das allein genügt nicht. Denn auch die Gesellschaftsverfassung kann Derartiges vorsehen. Es präsentiert sich hier aber als Ausnahme. Ein Verein liegt dann vor, wenn feststeht, daß die drei Voraussetzungen, vor allem die Freiheit des Mitgliederwechsels, nicht kraft vertragsmäßigen Ausnahmerechts, sondern als etwas Natürliches gegeben sind".

Diesem Ergebnis Meurers macht Gierke (V. o. R. S. 11 N. 20) den Vorwurf, daß ein fester Anhalt damit kaum gewonnen sei. Doch gibt er selbst die Richtigkeit der Meurerschen Schlußfolgerungen indirekt zu (a. a. O. S. 11). Er bezeichnet als „unentbehrlich für den Begriff eines Vereins" einen vom Wechsel der Mitglieder unabhängigen Bestand des Verbandes, während die Fortdauer einer Gesellschaft beim Wechsel der Gesellschafter vereinbart werden könne. Weiter gibt er zu, daß, während der Verein notwendig eines Vorstandes und eines Beschlußorgans bedürfe, eine Gesellschaft sich durch Vorstandsbildung und Einführung von Mehrheitsbeschlüssen nur befestigen könne, daß also mit andern Worten auch eine Organisation beim Verein etwas Natürliches, bei der Gesellschaft eine Ausnahme ist. Zum mindesten ist seine Definition für die Praxis kaum brauchbarer als die von Meurer, wenn er „als entscheidendes Kennzeichen des Vereins eine ihrem Gesamtinhalte nach als Körperschaftsverfassung erscheinende Einrichtung" bezeichnet und einen Verband dann als Verein betrachet wissen will, „wenn er so organisiert ist, daß er seinen Mitgliedern als besonderes einheitliches Ganze gegenübertritt und im Verkehr als solches sich gibt und genommen wird".

Es bleibt dann eben für die Praxis die Frage zu entscheiden, wenn der Verkehr einen organisierten Verband als besonderes einheitliches Ganze, also als nicht rechtsfähigen Verein zu nehmen hat, denn aus der Organisation allein ist das nicht zu entnehmen, wenn man mit Gierke selbst zugibt, daß auch eine Gesellschaft eine Organisation annehmen kann. Mit seiner Schlußdefinition: „Verein ist eine von der Rechtsordnung nicht als Körperschaft anerkannte Körperschaft, ein Gebilde, das Körperschaft wäre, wenn das System der freien Körperschaftsbildung gälte" ist für die Grenzfrage zwischen Verein und Gesellschaft gar nichts gesagt.

Dagegen geht daraus hervor, daß nach Ansicht Gierkes Verein und rechtsfähiger Verein in der Struktur ganz dasselbe sind, und bei dem letzteren nur Eintragung oder Verleihung der Rechtsfähigkeit hinzukommt. Meurer (a. a. O. S. 67) bezeichnet dies

als die Konsequenz der Genossenschaftstheorie, welche dem Eintrag oder der Verleihung höchstens eine formale Bedeutung zuerkennt. Die Ansicht Gierkes mochte richtig sein für das gemeine Recht, soweit dort in bezug auf korporativ organisierte Vereine als Grundsatz die Rechtsfähigkeit kraft Daseins behauptet wurde,[5]) nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist jedoch kein Raum mehr für sie. Vielmehr begründen Eintrag und Verleihung erst diese Einheitsstruktur oder Verfassung, welche Gierke bei jedem Verein als notwendig voraussetzt und die doch nur als Folge der besonders verliehenen Rechtsfähigkeit gelten kann.

Man kommt also mit Löwenfeld (in Staudingers Komm. S. 137) zu dem Ergebnis, daß der Vereinsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches unabhängig ist von dem Merkmale der Rechtsfähigkeit und unabhängig von diesem Merkmale festgestellt werden muß.

Der Schwerpunkt liegt nach Hachenburg (bei Meurer S. 67 Anm. 2) darauf, daß ein Verein immer da anzunehmen ist, „wo die mehreren Personen ein von ihnen verschiedenes und von ihrer Individualität unabhängiges Rechtssubjekt schaffen wollen". Auf den Willen also, Verein zu sein, kommt es an. Dieser Wille läßt sich, wenn er nicht dadurch dokumentiert ist, daß der Antrag auf Eintragung gestellt wird, lediglich aus den der Vereinigung anhaftenden Verfassungseigentümlichkeiten schließen. Diese Verfassungseigentümlichkeiten können aber nicht treffender zusammengestellt werden als in der oben zitierten Definition von Meurer.

Eine ähnliche Definition stellt das Reichsgericht in seinem Urteil v. 2. 2. 1905 (RG. Bd. 60 S. 99) auf: „Nach alledem stellt sich die verklagte Vereinigung als eine dauernde Verbindung einer größeren Anzahl von Personen zur Erreichung eines ihnen gemeinsamen Zweckes dar, die sich eine die wesentlichen Merkmale korporativer Organisation enthaltende Gestaltung gegeben hat, einen Gesamtnamen führt, und bei welcher ein Wechsel in dem Mitgliederbestande, und zwar nicht vermöge besonderen Ausnahmerechts, sondern naturgemäß infolge des Wesens der Vereinigung, stattfindet. Damit sind alle Merkmale gegeben, welche für einen Verein im Sinne von § 50 Abs. 2 ZPO. erfordert werden können".

4. Die Entstehung der juristischen Person privaten Rechts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Diese Betrachtungen führen uns dazu, auf die Entstehung der juristischen Person überhaupt kurz einzugehen.

---

[5]) vgl. Gierke, GenTh. S. 19.

I. Dieselbe setzt voraus:

1. Ein persönliches „Substrat", denn jede juristische Person stellt mittelbar oder unmittelbar eine Organisation von Menschen dar, unmittelbar, sofern bei einer juristischen Person natürliche Personen die Verbandsorganisation bilden, mittelbar, wenn juristische Personen oder nicht rechtsfähige Vereine, also wieder Verbände, untereinander oder mit Einzelpersonen in der Organisation zusammengefaßt sind, wie dies bei Körperschaften vorkommt;

2. ein sachliches „Substrat", jedoch nur bei gewissen juristischen Personen, wie z. B. bei der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft m. b. H., bei Agrargenossenschaften oder Bergwerksgenossenschaften.

II. Die juristische Person entsteht dadurch, daß einem organisierten menschlichen Verband als Einheit Rechtsfähigkeit zuteil wird. Unsere Rechtsordnung erkennt drei Arten der Erlangung der Rechtsfähigkeit an:

1. Rechtsfähigkeit kraft Daseins der Verbandsperson (System der freien Körperschaftsbildung). So beim Reiche, beim Staate und bei den Verbandspersonen öffentlichen Rechts;

2. Rechtsfähigkeit durch Eintragung (System der Normativbestimmungen). Hier wird die Rechtsfähigkeit einer Personenvereinigung anerkannt auf Grund der Erfüllung bestimmter vom Gesetz aufgestellter Organisationsnormen und der Eintragung in ein öffentliches Register (Vereins- oder Handelsregister). Hierher gehört auch die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft m. b. H. mit den rechtsfähigen Vereinen des § 21 BGB.;

3. Rechtsfähigkeit durch Verleihung (Konzessionssystem). Letzteres gilt für die Vereine des § 22 BGB.

Nach Vorstehendem ist also zum Entstehen einer Aktiengesellschaft und einer Gesellschaft m. b. H. erforderlich nach

I. 1. ein persönliches Substrat, eine Personenvereinigung: bei der Aktiengesellschaft die Gründer und event. die Zeichner, bei der Gesellschaft m. b. H. die Gesellschafter;

I. 2. ein sachliches Substrat, das Vorhandensein eines Teils des Grundkapitals (§ 195 Abs. 3 HGB., § 7 GmbHG.);

II. 2. Erfüllung der im Gesetz gegebenen Gründungsvorschriften und Eintragung in das Handelsregister.

Schon aus letzterem Erfordernis in Verbindung mit der positiven gesetzlichen Bestimmung, daß die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft m. b. H. vor Eintragung ins Handelsregister als solche nicht bestehen, ergibt sich ohne weiteres, daß die Eintragung ins Handelsregister nicht eine rein deklaratorisch,

sondern eine konstitutiv[6]) wirkende ist: sie schafft erst die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft m. b. H. mit der ihnen nach dem Gesetz zustehenden Einheitsstruktur einer juristischen Person aus der bis dahin bestehenden, die juristische Person vorbereitenden Gründergesellschaft.

5. Die rechtliche Natur der Gründergesellschaft bei der Aktiengesellschaft und Gesellschaft m. b. H.

Es läßt sich nun nicht ohne weiteres mit Löwenfeld (in Staudingers Komm. Bd. 1 S. 137) folgern: „Nur ein Verein kann nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch Rechtsfähigkeit erlangen, sei es durch Eintragung, sei es durch Verleihung, nicht eine ‚Gesellschaft'." Ebensowenig wie man deshalb, weil das Gesetz von einem beiden Gesellschaften zugrunde liegenden Gesellschaftsvertrage spricht, behaupten wird, Aktiengesellschaft und Gesellschaft m. b. H. seien Gesellschaften nach § 705 BGB., kann man aus dem Wortlaut des § 22 BGB.: „Ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung" ohne Zwang nicht folgern: „Eine juristische Person des Handelsrechts ist, weil sie einen rechtsfähigen Verein im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches darstellt und deshalb auf sie die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über rechtsfähige Vereine ergänzend Anwendung finden, notwendig bis zur Erlangung der Rechtsfähigkeit nicht rechtsfähiger Verein im Sinne des § 54 BGB."

Vielmehr ist an der Hand der oben gegebenen Merkmale für den nicht rechtsfähigen Verein vorurteilslos zu prüfen, ob und inwieweit dieselben bei der Gründergesellschaft der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft m. b. H., wie sie durch die positiven gesetzlichen Bestimmungen organisiert ist, vorliegen, insbesondere aber, ob denn der Wille dieser Gesellschaft dahin geht, ein nicht rechtsfähiger Verein zu sein.

Da finden wir zunächst, daß es dieser Gründergesellschaft an einer deutlich ausgeprägten Organisation nicht mangelt und auch das Erfordernis der Vorstandschaft erfüllt ist. Die Gründergesellschaft der Aktiengesellschaft wie der Gesellschaft m. b. H. faßt ihre Beschlüsse in Versammlungen der Beteiligten nach dem Mehrheitsprinzip (§§ 190, 196 HGB., § 6 GmbHG.). Die Berufung dieser Versammlungen erfolgt nach den für die entstandene Aktiengesellschaft und Gesellschaft m. b. H. geltenden Bestimmungen

[6]) vgl. Staub, HGB. Exk. zu § 8 Anm. 13.

(§ 197 HGB., § 6 Abs. 2 GbmHG.). Als ausführende Organe werden bei der entstehenden Aktiengesellschaft die Gründer, bei der Gesellschaft m. b. H. der oder die Geschäftsführer tätig, als kontrollierende Organe bei der Aktiengesellschaft außerdem Vorstand und Aufsichtsrat.

Aber diese beiden Merkmale, Organisation und Vorstandschaft, kann auch eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts aufweisen.[7])

Wie steht es nun mit der Freiheit des Mitgliederwechsels?

Von einer solchen kann bei der Gründergesellschaft keine Rede sein. Sie besteht bei der Aktiengesellschaft aus den Personen, die den Gesellschaftsvertrag gemäß § 182 HGB. festgestellt haben, und den etwaigen Sacheinlegern (§ 187 HGB.), wozu bei der Sukzessivgründung, sofern man die entstehende Aktiengesellschaft für einen nicht rechtsfähigen Verein hält, noch die von den Gründern angenommenen Zeichner treten, bei der Gesellschaft m. b. H. ausschließlich aus den Gesellschaftern, die den Gesellschaftsvertrag nach § 2 GmbHG. abgeschlossen haben. Ein Wechsel der Mitglieder ist für die Aktiengesellschaft durch die Bestimmungen des § 200 Abs. 2 HGB., wonach eine Übertragung der Anteilsrechte vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister ausdrücklich für der Gesellschaft gegenüber unwirksam erklärt ist, ausgeschlossen.

Bei der Gesellschaft m. b. H. fehlt eine solche ausdrückliche Vorschrift.

Daß jedoch auch hier ein Wechsel der Mitglieder vor Eintragung der Gesellschaft nicht stattfinden kann, ergibt sich aus den §§ 2, 8 Ziff. 3, 11, 15 des Gesetzes. Hiernach ist der Gesellschaftsvertrag von sämtlichen Personen festzustellen, welche die ersten Gesellschafter sein sollen; Name, Vorname, Stand und Wohnort derselben sind bei der Anmeldung zum Handelsregister anzugeben. § 15 des Gesetzes bestimmt wohl die Veräußerlichkeit der Geschäftsanteile, diese Bestimmung bezieht sich aber nur auf die Veräußerung wirklicher Geschäftsanteile,[8]) d. h. von Geschäftsanteilen, wie sie nach Eintragung der Gesellschaft bestehen. Vor der Eintragung der Gesellschaft besteht der Geschäftsanteil nicht. Das Ausscheiden eines Gründers oder der Eintritt eines anderen kann nur erfolgen durch Änderung des Gesellschaftsvertrages in der Form des § 2, d. h. unter Zustimmung sämtlicher anderer

---

[7]) vgl. hierzu Gierke, V. o. R. S. 11: „Auch eine Gesellschaft aber kann sich durch Vorstandsbildung und Einführung von Mehrheitsbeschlüssen befestigen".

[8]) vgl. Staub, GmbH. § 15 Anm. 75.

Mitgründer, stellt also den Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages vor.

Eines der Hauptmerkmale für den Verein, die Freiheit des Mitgliederwechsels, fehlt also den beiden Gründergesellschaften.

Hierzu kommt noch das Fehlen des Willens der Beteiligten, ein nicht rechtsfähiger Verein zu sein und als solcher dauernd im Rechtsverkehr aufzutreten.

Denn fragt man: Welchen Zweck verfolgt diese Vereinigung von Personen während der Gründungsperiode? so kann die Antwort nur lauten: Die Beteiligen wollen Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. werden.

Zu diesem Zwecke müssen sie die zum Entstehen der juristischen Person erforderlichen Substrate schaffen und die vom Gesetz geforderten Normativbestimmungen erfüllen.

Der Zweck der Gründergesellschaft ist also kein dauernder, sondern ein „Augenblickszweck",[9]) der Zweck, Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. zu werden.

Die Gründergesellschaften der Aktiengesellschaft und Gesellschaft m. b. H. sind also **Gelegenheitsgesellschaften, Gesellschaften des bürgerlichen Rechts,** denen als Ausnahme auf Grund positiver gesetzlicher Bestimmung eine bestimmte Organisation vorgeschrieben ist.

6. Rechtliches Verhältnis der Gründer untereinander.

Demgemäß regeln sich die inneren Verhältnisse der Gründergesellschaft nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Gesellschaft.

Es ergibt sich die Verpflichtung der Gründer gegeneinander, die Errichtung der Gesellschaft zu fördern (§ 705 BGB.), insbesondere also alle formell nötigen Schritte zu tun. Die Gründer haften untereinander für die Sorgfalt, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen (§ 708 BGB.). Die Führung der Geschäfte ist im Zweifel gemeinschaftlich (§ 711 BGB.). Wird der Zweck unmöglich, so endet die Gesellschaft (§ 726 BGB.).

7. Der Gründungsvorvertrag.

Hieraus ergibt sich, daß wenn mehrere Personen zum Zwecke der Gründung einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. zusammentreten, dieselben ein klagbares Recht auf Erfüllung gegeneinander haben, sofern nur der von ihnen geschlossene sogen. Vorgründungsvertrag der nötigen Bestimmtheit nicht entbehrt. Das

---

[9]) vgl. Staub, GmbH. § 11 Anm. 2.

Reichsgericht verlangt für einen derartigen Vorvertrag gerichtliche oder notarielle Form mit der Begründung: „Es gibt keinen Anspruch auf Vollziehung der Form, wenn das Gesetz dem rechtsgeschäftlichen Willen nur in der gebührenden Form Beachtung schenkt".[10]) Diese Ansicht des Reichsgerichts wird von Staub[11]) sowohl für die Aktiengesellschaft als für die Gesellschaft m. b. H. bekämpft. Aus den dort dargelegten Gründen ist entgegen der Ansicht des Reichsgerichts anzunehmen, daß auch ein solcher formloser Vorgründungsvertrag gültig ist.[12]) Er hat selbständige Natur und ist Gesellschaftsvertrag nach §§ 705 ff. BGB. Doch muß ein solcher Vertrag die nötige Bestimmtheit haben, also erkennen lassen, um was für eine Gesellschaft es sich handelt. Insbesondere muß der Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Grundkapitals, die Art der Aufbringung desselben usw. festgelegt und bestimmt sein, wie jeder Gesellschafter an der Gesellschaft beteiligt sein soll.[13]) Die Vereinbarung entscheidet darüber, was jeder Gründer zu tun hat. Auch ohne ausdrückliche Abrede ist jeder Gesellschafter seinen Mitgesellschaftern gegenüber aus einem solchen Vertrage verpflichtet, an den formell notwendigen Maßnahmen mitzuwirken, also insbesondere an der Feststellung des Vertragsinhaltes unter Übernahme der näher bestimmten Beträge, an der Anfertigung des Gründerberichtes und an der Anmeldung der Gesellschaft.

V. Die einzelnen Gründungshandlungen.

1. Allgemeine Gesichtspunkte.

Die Theorien, welche den Gründergesellschaften die rechtliche Natur von nicht rechtsfähigen Vereinen zusprechen, sind nach dem eben Ausgeführten als unrichtig zu verwerfen. Sie beruhen meist darauf, daß ihre Vertreter bereits den Gründergesellschaften eine „korporationsgründende Autonomie" zubilligen, die ihnen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht mehr zukommt. Einige betrachten deshalb schon den Gründungsvertrag, wodurch die Satzung geschaffen wird, als Ausfluß dieser „korporationsgründenden Autonomie" und daher überhaupt nicht als Vertrag, sondern als einseitigen Gesamtakt, der im Individualrecht keine Parallele habe,[1]) übersehen aber dabei, daß im Augenblicke dieses

---

[10]) vgl. RG. Bd. 43 S. 139, Bd. 66 S. 116.
[11]) § 182 Anm. 34 HGB.; § 2 Anm. 14 GmbHG.
[12]) So auch Ring bei Lehmann-Ring § 187 Nr. 2.
[13]) vgl. RG. Bd. 41 S. 282.
[1]) Gierke, GenTh. S. 133 ff.

Gründungsaktes die Körperschaft noch nicht existiert und der Gründungsvertrag zunächst nur ein nicht rechtsfähiges Gebilde begründet, das erst durch Eintragung oder Verleihung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch rechtsfähig werden kann. Wäre ihre Ansicht richtig, so würde, wie Löwenfeld (in Staudingers Komm. § 25 Nr. 6) ausführt, zweifelhaft sein, ob die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Rechtsgeschäfte auf die Vereinsgründung zur Anwendung kommen könnten. Diese Auffassung war vom Standpunkte der gemeinrechtlichen Theorie nicht abzulehnen, welche die Entstehung der juristischen Person ohne Staatsgenehmigung, kraft Daseins, vertrat; diese Art von Gründung des rechtsfähigen Vereins ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch unbekannt. Die einzelnen Gründungshandlungen sind vielmehr von dem Gesichtspunkte aus zu betrachten, daß die zum Zwecke der Gründung einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. zusammentretenden Personen durch Rechtsgeschäft, und zwar größtenteils durch Verträge, die zur Erlangung der Rechtsfähigkeit erforderlichen Substrate schaffen und die vom Gesetz erforderten Normativbestimmungen erfüllen.

Demgemäß ergibt sich folgende Konstruktion der einzelnen Gründungsakte.

2. Die Gründungsakte der Aktiengesellschaft.

A. Der Gesellschaftsvertrag.

§ 182 HGB. bestimmt, daß der Inhalt des Gesellschaftsvertrages von mindestens fünf Personen, welche Aktien übernehmen. in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung festgestellt werden muß,

Durch diese Vorschrift, welche für die Simultan- wie Sukzessivgründung gilt, wollte der Gesetzgeber erreichen, daß die Feststellung des Inhaltes des Gesellschaftsvertrages von der Errichtung des letzteren scharf geschieden werde.[2])

Abweichend von Art. 209 des Gesetzes v. 18. 7. 1884, der bestimmte: „Der Inhalt des Gesellschaftsvertrags (Statut) muß durch mindestens fünf Personen, welche Aktien übernehmen, in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung festgestellt werden . . .", hat das neue Handelsgesetzbuch das Wort „Statut" gestrichen. Es sollte aber, wie die Denkschrift[3]) hervorhebt, an den Vorschriften des bisherigen Rechts über die Feststellung des Gesellschaftsvertrags nichts geändert werden.

---

[2]) Allgem. Begr. in den Mat. z. Gesetz von 1884 S. 262 (Stenogr. Ber. über die Verhandl. des Reichst. Bd. 3).

[3]) Denkschr. in den Mat. z. n. HGB. (Stenogr. Ber. über die Verhandl. des Reichst. 1895/97 6. Anl.-Bd. S. 3198.

Es ist zunächst zu untersuchen, welche rechtliche Bedeutung dieser vom Gesetz statuierten Scheidung der Feststellung des Inhaltes des Gesellschaftsvertrags von der Errichtung der Gesellschaft zukommt.

Nach Staub (HGB. § 182 Anm. 2) bedarf es, damit ein auf Errichtung einer Aktiengesellschaft abzielender Gesellschaftsvertrag zustande kommt, sowohl der Einigung über die Höhe der Beteiligung der einzelnen Mitglieder, die die Gesellschaft errichten, als auch der Festsetzung der Normen, die für das Gesellschaftsleben maßgebend sein sollen. Staub schreibt der Bestimmung des § 182 HGB. deshalb die Bedeutung zu, daß wenn die Statutfeststellung und die Übernahme sämtlicher Aktien nicht in einem Akte erfolgen, dieser erstere Teil des Gesellschaftsvertrags, dessen Inhalt ein bleibender und als maßgebende Satzung für alle Mitglieder von größerem Interesse sei, der Aktienübernahme nach § 188 Abs. 2 HGB. oder der Aktienzeichnung nach § 189 HGB., die aber zum Zustandekommen des Vertrags ebenso erforderlich seien, voranzugehen habe.

Staub will somit die Statutfeststellung nicht als einen zu gesonderter rechtlicher Existenz bestimmten, mit selbständiger Rechtswirkung ausgestatteten Rechtsakt, sondern nur als den ersten Teil des geplanten Gesellschaftsvertrags betrachtet wissen. Zustande kommt der Gesellschaftsvertrag nach seiner Ansicht bei der Simultangründung erst mit der Übernahme sämtlicher Aktien durch die Gründer, die entweder in derselben Verhandlung wie die Feststellung des Statuts oder in einer besonderen gerichtlichen oder notariellen Verhandlung erfolgen kann (§ 188 HGB.), bei der Sukzessivgründung erst durch einen nach der Vollzeichnung des Grundkapitals erfolgenden Mehrheitsbeschluß der Interessenten (§ 196 HGB.). Er bestreitet deshalb, daß durch die Statutfeststellung und die bei dieser Gelegenheit abgegebenen Übernahmeerklärungen die Feststeller einander verpflichtet werden, Aktien zu übernehmen und die Gesellschaft formell zu errichten. Wenn eine solche Verpflichtung bestehe, so habe sie eine andere Quelle, nämlich einen nebenher bestehenden Vertrag unter den Gründern.[4])

Dieser Auffassung ist jedoch nicht beizutreten. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß die Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrags selbst Vertragsnatur hat. Wäre die Statutfeststellung kein Vertrag, und würde man somit annehmen, daß die fünf Gründer, ohne in Beziehung zueinander zu treten, das Statut feststellen und eine Anzahl von Aktien übernehmen, so müßte es, wie Behrend (a. a. O. § 100

[4]) So im wesentlichen auch Ring Art. 209 Nr. 1.

N. 1) hervorhebt, möglich sein, daß wenn das Statut der gesetzlichen Bestimmung gemäß festgestellt ist, eine andere Person ohne den Willen der bisherigen Gründer zum Mitgründer würde, wenn sie ebenfalls in gerichtlicher oder notarieller Form eine Feststellungserklärung abgeben und eine Aktie übernehmen würde.

Die Substrate einer Aktiengesellschaft werden eben durch Verträge geschaffen. Das kann aber auf Grund der Vorschrift des § 182 HGB., welche verlangt, daß das Statut in allen Fällen in der ersten gerichtlichen oder notariellen Verhandlung festgestellt werde, und zwar von den bis dahin vorhandenen (mindestens fünf) Gründern, nicht in einem einzigen Zeitpunkte und einer einzigen Rechtshandlung erfolgen, sondern es sind dazu eine Mehrheit von Zeitpunkten und Rechtshandlungen erforderlich.

Es ist deshalb die Feststellung des Statuts bereits ein Vertragsschluß. Mit derselben tritt eine vertragliche Gebundenheit der Gründer ein. Die statutfeststellenden Gründer erklären ihren Willen, eine Aktiengesellschaft zu errichten und an derselben teilzunehmen, und zwar in der ihnen durch das Gesetz beigelegten Eigenschaft als Gründer teilzunehmen. Diese Willenserklärungen verpflichten nach gegenseitiger Annahme jede der teilnehmenden Personen gegen alle übrigen zur Mitwirkung bei allen gesetzlichen Schritten, welche zur Errichtung der Gesellschaft notwendig sind, und für den Fall der Errichtung zur Teilnahme nach Maßgabe des Statuts und in Höhe der übernommenen Aktien.[5])

Hieraus ergibt sich, daß kein Gründer nach der Feststellung willkürlich zurücktreten oder seine Beteiligung auch nur teilweise zurückziehen kann.

Daß neben diesem gerichtlich oder notariell abgeschlossenen Statutfeststellungsvertrag Vereinbarungen bestehen können, durch welche die Gründer sich verpflichten, in bestimmter Weise für das Zustandekommen der Aktiengesellschaft tätig zu werden, ist nicht zu leugnen. Sie haben jedoch mit dem Feststellungsvertrage als solchem nichts zu tun, selbst wenn sie in derselben Verhandlung getroffen werden. Insoweit ist der Ansicht Staubs (HGB. § 182 Anm. 2) zuzustimmen.

B. Die Aktienübernahme.

Diese erfolgt bei der Simultangründung nicht notwendig, wie dieser zwar nicht vom Gesetz, aber überwiegend von der Wissenschaft gebrauchte Name vermuten ließe, in einem einzigen Akte. Während nach § 182 HGB. ein Teil der Aktien unbedingt von

[5]) So Behrend § 100; Petersen-Pechmann S. 28/29.

den Gründern in der Feststellungsverhandlung übernommen werden muß, und zwar mindestens eine Aktie von jedem Gründer, bleibt es dem Ermessen der Gründer überlassen, ob sie den Rest der Aktien in Form der Sukzessivgründung durch Zeichnung aufbringen wollen oder ob sie selbst das Grundkapital durch nachträgliche Übernahme gemäß § 188 Abs. 2 HGB.[6]) decken und dadurch die Form der Simultangründung wahren wollen.

Hält man daran fest, daß die Gründer durch Verträge die zur Erlangung der Rechtsfähigkeit erforderlichen Substrate schaffen wollen, so ergibt sich die rechtliche Konstruktion der Aktienübernahme von selbst:

Jeder Gründer bietet seinen Vertragsgenossen seine Beteiligung an der Gesellschaft in Höhe der von ihm übernommenen Aktien an. Durch gegenseitige Annahme dieser Angebote kommt ein Gesellschaftsvertrag zustande.

Es ist nun zu unterscheiden, ob die bei der Feststellung von den Gründern übernommenen Aktien das im Statut festgestellte Grundkapital erschöpfen oder nicht.

Im ersteren Falle gilt nach § 188 Abs. 1 HGB. die Gesellschaft sofort als errichtet. Durch die Errichtung wird der Kreis der ersten Aktionäre geschlossen. Die Gebundenheit der Gründer an den abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag ist in diesem Falle von Anfang an eine unbedingte.

Wird dagegen durch die Aktienübernahme der Gründer nicht sogleich das ganze Grundkapital gedeckt, so steht die Gebundenheit derselben an den Gesellschaftsvertrag unter der auflösenden Bedingung der später erfolgenden Errichtung der Gesellschaft. Bringen die Gründer den Rest der Aktien unter sich auf, so kann auch die nachträgliche Übernahme der Aktien gemäß § 188 Abs. 2 HGB. nur auf Grund einer Willensübereinstimmung sämtlicher Gründer, also nur mittels eines Vertrags erfolgen, der eine Ergänzung des ursprünglichen Feststellungsvertrags bildet, und bei dessen Abschluß deshalb alle Statutfeststeller und auch die etwaigen Sacheinleger (§ 187 HGB.) mitwirken müssen.

C. Die Aktienzeichnung.

Übernehmen die Gründer nicht alle Aktien, so hat nach § 189 HGB. der Errichtung der Gesellschaft die Zeichnung der übrigen Aktien vorauszugehen. In diesem Falle erfolgt die Errichtung der Gesellschaft erst in der nach Vollzeichnung des Grundkapitals vom Registerrichter zu berufenden Generalversammlung.

---

[6]) Nur eine solche Nachtragsverhandlung nehmen an Ring bei Lehmann-Ring § 188 Nr. 2; Makower § 188 III b. Gegen diese Auslegung Staub, HGB. § 188 Anm. 3.

Diese in § 196 HGB. vom Gesetzgeber besonders hervorgehobene Errichtung der Gesellschaft durch Mehrheitsbeschluß im Falle der Sukzessivgründung ist es, die die meisten Autoren verhindert, in der Gründergesellschaft eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zu sehen, und sie dazu führt, die errichtete Gesellschaft, d. h. die Gründer mit Einschluß der Zeichner als einen nicht rechtsfähigen Verein zu konstruieren.[7])

So hält insbesondere Ring,[8]) der den Standpunkt vertritt, daß die gegenseitige Annahme oder Ablehnung der Beteiligungsangebote in der konstituierenden Generalversammlung erfolge und das Stimmen gegen die Errichtung seitens eines Zeichners eine Ablehnung der Angebote der übrigen darstelle, die Unterwerfung der Beteiligten unter einen Mehrheitsbeschluß für die Folge einer korporativen Gebundenheit bereits in diesem Stadium.

Über die juristische Konstruktion der Zeichnung herrscht Streit.

Gierke (GenTh. S. 124, 132, 134) betrachtet die Zeichnung als Vertrag zugunsten der zukünftigen Aktiengesellschaft, zugleich aber als Element des konstitutiven Gesamtaktes.

Abgesehen davon, daß die Annahme eines derartigen Gesamtaktes mit sozialrechtlicher Wirkung bei der Gründung einer juristischen Person privaten Rechts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht mehr zutreffend ist, würden nach § 334 BGB. Einwendungen aus dem Vertrage gegen den Dritten, hier also gegen die entstandene Aktiengesellschaft, zulässig sein. Der Zeichner müßte also gegen die Gesellschaft einwenden können, daß er von den Gründern durch Betrug zur Zeichnung veranlaßt worden sei. Die Zulässigkeit dieser Einrede hat aber das Reichsgericht (RG. Bd. 9 S. 6) verneint.

Hellwig (a. a. O. S. 251) bezeichnet deshalb die Zeichnung lediglich als einen „Einzelakt des sozialrechtlichen Konstitutivakts", der kein Verpflichtungsverhältnis zwischen den Paziszenten erzeuge.

Ähnlich faßt Lehmann (a. a. O. Bd. 1 S. 348) die Zeichnung ebenso wie die Aktienübernahme als „einseitigen auf Mitgliedschaft in der künftigen Aktiengesellschaft mit Pflichten und Rechten gerichteten Akt" auf, bei dem die Gründer weder als Offerenten noch als Akzeptanten mitwirken. Somit würde die Erklärung die Verpflichtung erzeugen. Die Berechtigung des Zeichners soll aber nach dieser Ansicht gegen die Gründer durch die Zuteilung erwachsen; nach außen entsteht ein Recht des Zeichners aber erst durch die Mitgliederproklamierung.

---

[7]) vgl. Homberger a. a. O. S. 22 ff.
[8]) Art. 210a Nr. 1; bei Lehmann-Ring § 196 Nr. 1.

Seiner Ansicht folgend stellt Homberger (a. a. O. S. 12 f.) die Zeichnung als einseitige an die Gründer als die Organe der werdenden Aktiengesellschaft gerichtete Willensäußerung dar.

Makower (a. a. O. § 189 II) sucht den Schwierigkeiten, die alle diese Theorien bei näherer Betrachtung bieten, dadurch zu entgehen, daß er die Zeichnung einerseits als Übernahmeerklärung gegenüber den Gründern, andererseits gegenüber der zu errichtenden Gesellschaft bezeichnet.

Ferner ist noch auf die bereits oben erwähnte Ansicht Rings[9]) hinzuweisen. Er konstruiert: Die Zeichnung ist „das sämtlichen Aktienübernehmern gemachte Angebot, der künftigen Aktiengesellschaft als Ergänzungsglied beizutreten und einen Teil des Grundkapitals dem Gesellschaftsvertrag gemäß zu decken". Die Annahme dieser Angebote soll erst in der konstituierenden Generalversammlung erfolgen. Eine vorherige Zuteilung von Aktien hält er nicht für erforderlich, erfolgt sie aber, so soll sie nur die verbindliche Erklärung der Gründer, die Berücksichtigten zum Vertragsschlusse zuzuziehen, also das Angebot der Gründer an die betreffenden Zeichner darstellen. In Konsequenz seiner Theorie gelingt es ihm nicht, eine Verpflichtung der Zeichner zur Zahlung der ersten Rate, die ja gemäß § 195 Abs. 3 HGB. vor der Anmeldung zum Handelsregister erfolgen muß, zu statuieren. Er greift deshalb zu dem Notbehelf, daß die Gründer die Anzahlung der ersten Rate zur Bedingung einer der Berücksichtigung fähigen Zeichnung machen müssen (a. a. O. Art. 209 e Nr. 1).

Eine ähnliche Auffassung vertritt Renaud (a. a. O. S. 243). Er gesteht den Gründern als solchen eine Klage gegen die Subskribenten auf Zahlung der ersten Rate nicht zu. Die Einzahlung bildet nach seiner Ansicht ebenfalls die Bedingung der Entgegennahme der Subskription. Die Zeichnung aber hält er für eine den Projektanten gegenüber abgegebene Zusage wegen Beteiligung beim Kapitale der zu gründenden Gesellschaft, aus der nicht die Projektanten, sondern eine dritte Person, nämlich der Aktienverein für den Fall, daß er ins Leben tritt, berechtigt werde. Er vergleicht diesen Vorgang mit dem im römischen Recht anerkannten Falle, daß aus einer vom Erblasser dem künftigen Erben stipulierten Leistung der Erbe ein Klagerecht erhält. Er hält also (unter der Herrschaft des gemeinen Rechts) die Zeichnung für einen durch das moderne Recht geschaffenen, ausnahmsweise gültigen Vertrag zugunsten Dritter.

Eine weitere Streitfrage ist die, ob die Zeichner untereinander bereits durch die Zeichnungserklärung oder doch durch die

[9]) a a. O. Art. 210a; bei Lehmann-Ring § 196 Nr. 1.

Errichtung der Gesellschaft in der konstituierenden Generalversammlung in ein Sozietätsverhältnis treten, oder ob ein solches Sozietätsverhältnis unter den Zeichnern überhaupt nicht anzunehmen ist.

Während Renaud (a. a. O. S. 226) diese Auffassung von einem Sozietätsverhältnis der Zeichner unter sich verwirft, erachtet Thöl (a. a. O. S. 435) eine stets sich erweiternde Sozietät der Zeichner, welche mit erfolgter Registrierung der Aktiengesellschaft den besonderen Rechtscharakter der Aktiengesellschaft annimmt, als Grundlage derselben.

Die gleiche Auffassung vertritt Wiener (ZHR. Bd. 24 S. 43). Er hält eine Vertragserrichtung mittels sukzessiven Eintritts der Konsense auf Betreiben von Personen, denen die Auswahl der einzelnen Teilnehmer überlassen wird, für möglich, obwohl, wie er selbst zugibt, die Unkenntnis des einzelnen Zeichners in bezug auf die Personen der Mitzeichner und auf den Zeitpunkt ihres Hinzutritts der Konstruktion eines Vertragsverhältnisses widersteht. Wiener geht davon aus, daß die Gründer nicht namens gewonnener Zeichner deren Offerten an weitere Zeichner stellen oder Offerten dieser akzeptieren, sondern im eigenen Namen auftreten, und faßt deshalb jede Zeichnung als vom Zeichner in Voraussetzung der Annahme seiner Zeichnung durch die Gründer erklärte Akzeptation der in den vorher von den Gründern angenommenen Zeichnungen zu findenden Vertragsofferten auf und zugleich als Mitofferte an diejenigen Zeichner, deren Zeichnungen die Gründer weiterhin annehmen.

Eine neuere Ansicht ist die von Staub (HGB. § 189 Anm. 20a) vertretene: „Eine juristische Person wird errichtet durch den gemeinschaftlichen Errichtungswillen aller Teilnehmer, durch die gegenseitige Annahme der gegenseitigen Angebote zur Beteiligung an der zu bildenden Gesellschaft ... Bei der Sukzessivgründung tritt eine Änderung durch die Eigentümlichkeit ein, daß nach gesetzlicher Vorschrift der letzte entscheidende Akt der Errichtung in einem Mehrheitsbeschlusse der Interessenten liegt (§ 196). Ein Mehrheitsbeschluß aber kann nur dann die allseitige Zustimmung ersetzen, wenn alle Beteiligten sich vorher ihm unterworfen haben. Die Unterwerfung aller Beteiligten unter den in der Errichtungsversammlung zu fassenden Mehrheitsbeschluß liegt einmal in der Zeichnung. Durch die Zeichnung erklärt der Zeichner, er sei bereit, Mitglied der Aktiengesellschaft zu werden, für den Fall, daß die Errichtungsversammlung ihre Entstehung mit der gesetzlichen Mehrheit beschließt, sei es ohne seine Mitwirkung, sei es sogar gegen seinen Widerspruch in dieser Versammlung".

Staub findet also in dem Beschluß der konstituierenden Generalversammlung einen Vertragsschluß sämtlicher Gründer und Aktionäre miteinander.

Diese Auffassung wird von Behrend (a. a. O. § 106) m. E. mit Recht bestritten. Ein Mehrheitsbeschluß kann niemals ein Vertrag sein. Möglich ist ein Vertrag, durch den die Kontrahenten sich einem Mehrheitsbeschlusse unterwerfen. Ein solcher Vertrag müßte dann aber vor dem Errichtungsbeschluß zwischen den Aktionären abgeschlossen werden. Daß eine solche Unterwerfung unter den Mehrheitsbeschluß in der Zeichnung liege, die Staub selbst als Vertrag zwischen dem Zeichner und den Gründern als den Willensorganen der entstehenden Aktiengesellschaft konstruiert, ist eine Fiktion, durch welche den Tatsachen Gewalt angetan wird. Sie enthält weiter nichts als eine Umgehung der von Thöl und Wiener vertretenen Theorie einer durch die Gründer vermittelten Zeichnersozietät.

Verneint man die Möglichkeit der von Lehmann und Anderen vertretenen einseitig verpflichtenden Erklärung, die im Recht nur in Ausnahmefällen (Auslobung, Kreierung eines Inhaberpapieres, Akzept eines Wechsels) Geltung erlangt hat, und geht man wie oben bei der Übernahme davon aus, daß die Gründer durch Verträge die zur Erlangung der Rechtsfähigkeit erforderlichen Substrate schaffen, so kommt man zu folgender Konstruktion der Aktienzeichnung:

Die Aufforderung zur Zeichnung seitens der Gründer ist im allgemeinen als Einladung an personae incertae, nicht aber als Vertragsofferte anzusehen. Erst die Zeichnung selbst ist das den Gründern als den vom Gesetz zu dieser Stellung ausersehenen Willensorganen der entstehenden Aktiengesellschaft gemachte verbindliche Angebot des Zeichners, sich mit einem bestimmten Grundkapitalanteil an der zu gründenden Gesellschaft als Aktionär zu beteiligen. Der Zeichner ist nach allgemeinen Grundsätzen (§ 130 BGB.) gebunden, wenn sein Angebot den Gründern zugeht. Den Gründern steht es frei, eine Zeichnung anzunehmen oder abzulehnen, z. B. zahlungsunfähige Zeichner zurückzuweisen.[10]) Das Angebot wird angenommen durch die Zuteilung von Aktien oder durch die Erklärung seitens der Gründer, daß die Zeichnung angenommen ist. Es kommt also durch die Annahme ein Vertrag zustande zwischen den Gründern und dem Zeichner. Auf Grund dieses Vertrags ist der Zeichner den Gründern verpflichtet, diejenigen Einzahlungen zu leisten, die gesetzlich oder statutenmäßig bereits im Gründungsstadium be-

[10]) Begr. S. 161.

ansprucht werden können; dagegen ist er berechtigt zu verlangen, daß seine Zeichnung berücksichtigt und er in das Verzeichnis (§ 196 Abs. 1 HGB.) aufgenommen wird. Auch werden die Gründer dem Zeichner für den Schaden verantwortlich, den er dadurch erleidet, daß die Gründer die zum Zustandekommen der Aktiengesellschaft erforderlichen ihnen obliegenden Schritte unterlassen.[11])

Weiter aber reicht der Inhalt des Vertrags nicht. Insbesondere haben die Gründer dem Zeichner nicht für den Erfolg ihrer Tätigkeit einzustehen.

Die Gebundenheit des Zeichners steht aber unter einer auflösenden Bedingung: sie erlischt, wenn bis zu dem im Zeichnungsscheine angegebenen Zeitpunkte die Errichtung der Gesellschaft in der konstituierenden Generalversammlung nicht beschlossen wird.

Kommt der Errichtungsbeschluß zustande, so ist die Gebundenheit des Zeichners nur insofern verstärkt, als die Mehrheit der Zeichner von dem ihnen gesetzlich zustehenden Recht, die Errichtung abzulehnen, keinen Gebrauch gemacht hat, gleichzeitig damit aber die Verpflichtung aus dem Zeichnungsscheine nun nicht mehr durch Zeitablauf hinfällig werden kann.[12])

Die Bedeutung der konstituierenden Generalversammlung ist also wesentlich die, daß auf Grund gesetzlicher Bestimmungen die Interessenten durch Mehrheitsbeschluß ihrem Willen Ausdruck geben, daß die Aktiengesellschaft mit den Gründern und den von diesen geworbenen Zeichnern als Mitgliedern, mit den von den Gründern für die Aktiengesellschaft bisher wirksam erworbenen Rechten und eingegangenen Verbindlichkeiten und mit den erwählten Organen nunmehr durch Eintragung ins Leben trete.

Die unmittelbare Wirkung der Errichtung ist aber lediglich, daß die Verpflichtung der Gründer und Zeichner zur Beteiligung an dem Aktienunternehmen von der ihr bis dahin anhaftenden auflösenden Bedingung befreit wird. Auch ist nunmehr die Möglichkeit eines Widerrufs der Anmeldung seitens der Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats ausgeschlossen.

In ein Vertragsverhältnis zueinander treten also die Zeichner vor der Entstehung der Aktiengesellschaft überhaupt nicht, Vertragsverhältnisse bestehen vielmehr lediglich zwischen den einzelnen Zeichnern und den Gründern auf Grund der Annahme der Zeichnung.

---

[11]) Ähnlich Behrend § 105; Goldmann § 189 Anm. 3.
[12]) vgl. Pinner § 196 I.

3. Der Gesellschaftsvertrag und das Einlageversprechen bei der Gesellschaft m. b. H.

Das Gesetz betr. die Gesellschaften m. b. H. unterscheidet, da es, wie bereits erwähnt, nur die Simultangründung kennt, nicht zwischen der Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrags und der Errichtung der Gesellschaft. Es ist im Gegensatz zum Aktienrecht nicht zulässig, daß der Gesellschaftsvertrag durch einzelne Personen festgestellt wird und die anderen Personen durch Zeichnung oder sonstwie die Einlagen versprechen oder Anteile übernehmen und dadurch dem Vertrage beitreten. Es ist also bei der Gründung einer Gesellschaft m. b. H. auch eine Anteilübernahme in einer besonderen Verhandlung, ähnlich wie die nachträgliche Übernahme von Aktien gemäß § 188 Abs. 2 HGB., ausgeschlossen (§ 2 GmbHG.).

Wie der Gesellschaftsvertrag der Aktiengesellschaft enthält der bei Gründung einer Gesellschaft m. b. H. abgeschlossene Gesellschaftsvertrag einmal die Satzung für die spätere Gesellschaft m. b. H., andererseits verpflichtet er die Gründer vertraglich gegeneinander, alles das vorzunehmen, was zur Entstehung der Gesellschaft als juristischer Person, d. h. nach § 11 zur Eintragung in das Handelsregister erforderlich ist. Letzteres besteht darin, daß wenn der Vertrag nicht die Geschäftsführer bestimmt, diese nach Maßgabe der §§ 45 Ziff. 5, 47, 6 gewählt und bestellt und mit den in § 8 bezeichneten Urkunden ausgestattet werden. Insbesondere sind aber die Gesellsellschafter auf Grund der von ihnen abgegebenen Einlageversprechen zur Bewirkung der bereits vor der Anmeldung zum Handelsregister zu leistenden Bareinlagen verpflichtet.

Auf Vornahme dieser Handlungen kann also jeder Gründer die anderen durch gerichtliche Klage anhalten.[13])

4. Die Sacheinlage.

Bei der Behandlung des Gesellschaftsvertrags ist auch die Sacheinlage des § 186 Abs. 2 HGB. und des § 5 GmbHG. zu erwähnen.

Ein solcher Vertrag ist Gesellschaftsvertrag, neben dem es einen besonderen Erfüllungsvertrag nicht gibt. Er bildet also einen besonderen Fall der Übernahme von Aktien oder Anteilen und unterscheidet sich von dem gewöhnlichen Fall nur dadurch, daß der Sacheinleger als Gegenwert seiner Mitgliedschaft einen anderen Gegenstand als bares Geld hergeben soll.

---

[13]) So Förtsch § 2 Note 4; Liebmann § 11 Nr. 2.

Der Einbringungsvertrag ist demnach kein Kaufvertrag, sondern ein Teil des Gesellschaftsvertrags, „ein Akt des Mitgliedwerdens". (So Lehmann [Bd. 1 S. 374], von diesem jedoch nach seiner Theorie als einseitiger Akt aufgefaßt.)

Was alles Gegenstand der Sacheinlage sein kann, ist streitig. Während Cosack (a. a. O. § 213 II, 2) allgemein annimmt, daß der Aktionär eine erst durch das Einlageversprechen begründete Forderung der Gesellschaft an ihn einlegen könne, fordert Makower (a. a. O. § 186 II a), daß das als Einlage Versprochene bereits vor der Abgabe des Einlageversprechens einen Vermögenswert darstelle. Ihm ist darin beizutreten.

Die Motive zum Aktiengesetz von 1884 Bd. 1 S. 151 bezeichnen als zur Einlage geeigneten Gegenstand jeden Wertgegenstand, der als Aktivum in die Bilanz aufgenommen werden kann. Hiernach ist aber weder Körperlichkeit noch Eigentumsfähigkeit erforderlich, sondern lediglich Verkehrsfähigkeit. Es können demnach nach Staub (HGB. § 186 Anm. 6) eingebracht werden: „Sachen, Rechte (Urheber-, Patentrechte, Aktienrechte an anderen Gesellschaften, dingliche Rechte, Anteile an einer Gesellschaft m. b. H.), auch immaterielle Güter, wenn sie verkehrsfähig, z. B. das Firmenrecht, Fabrikationsgeheimnisse, das Handlungsetablissement in seiner Gesamtheit, die Kundschaft, Konzessionen, auch ausstehende Forderungen".

Daß ein Einbringer in die Aktiengesellschaft auch eigene Dienstleistungen einbringen könne, behauptet Cosack (a. a. O. § 213 II, 2), während Staub (HGB. § 186 Anm. 6) die Zulässigkeit mit Rücksicht auf §§ 191, 261 HGB. („Erwerbs- oder Herstellungspreis") mit Recht verneint.[14])

Für die Gesellschaft m. b. H. ist dies jedoch anzunehmen, aber nicht auf Grund des § 5, sondern des § 3 Abs. 2 GmbHG., wonach den Gesellschaftern außer der Leistung von Kapitaleinlagen noch andere Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft auferlegt werden können. Das Reichsgericht[15]) hat es für unbedenklich erklärt, daß die Funktion als Geschäftsführer nicht nur kraft eines Dienstvertrags, sondern auch als Gegenstand einer besonderen gesellschaftlichen Verpflichtung auferlegt werden kann. Auch die in solchem Falle seitens der Gesellschaft zu gewährende Vergütung beruht dann auf dem Gesellschaftsvertrage. § 3 Abs. 2 trifft zugleich aber natürlich die Verpflichtung zu solchen wiederkehrenden Leistungen, wie sie nach § 212 HGB. bei Aktiengesellschaften mit vinkulierten Aktien zulässig ist. Diese wiederkehrenden Leistungen

---

[14]) vgl. auch Behrend § 107 Anm. 13; Makower Bd. 1 S. 383.
[15]) Entsch. v. 7. 5. 1904, bei Holdheim Bd. 13 S. 256.

sind als ein Teil der Gegenleistung für den Erwerb der Mitgliedschaft anzusehen und stellen somit ein Element der Mitgliedschaft vor.

Scharf zu unterscheiden ist hiervon die in § 186 Abs. 2 HGB. erwähnte Übernahme von Anlagen und Vermögensgegenständen von Dritten, für die das Gesetz betr. die Gesellschaften m. b. H. Bestimmungen nicht getroffen hat.

Die Übernahme ist im Gegensatz zur Sacheinlage ein Erwerb von Gegenständen gegen andere Vergütung als Gewährung von Aktien oder Geschäftsanteilen. Sie bilden, obwohl sie bei der Aktiengesellschaft in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen sind, nicht einen materiellen Bestandteil desselben, sondern sind als Kaufverträge aufzufassen und später noch zu besprechen.

VI. Rechtliches Verhältnis der Gründergesellschaft zur Aktiengesellschaft und Gesellschaft m. b. H.

Im Vorhergehenden ist bereits mehrfach erwähnt worden, daß die Gründer für die entstehende Aktiengesellschaft und Gesellschaft m. b. H. handeln. Damit ist eine Frage angeschnitten worden, welche zu den bestrittensten des ganzen Gebietes gehört, nämlich die Rechtsstellung der Gründer.

Aus unseren Ausführungen ergibt sich, daß bei der Aktiengesellschaft im Falle der Simultangründung wie bei der Gesellschaft m. b. H. das persönliche Substrat der späteren juristischen Person aus denselben physischen Personen besteht, die auch die ersten Mitglieder der Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. sein sollen.

Bei der Aktiengesellschaft im Falle der Sukzessivgründung dagegen finden wir als persönliches Substrat einmal die Gründer, also die Statutfeststeller und etwaigen Sacheinleger, die unter sich eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts bilden, und weiter die Zeichner, jeder für sich durch die Zeichnung mit den Gründern obligatorisch verbunden.

Die Tätigkeit der Zeichner im Gründungsstadium beschränkt sich lediglich darauf, an den vom Gesetz vorgesehenen Generalversammlungen zur Wahl des Aufsichtsrats und event. des Vorstandes und zur Errichtung der Gesellschaft teilzunehmen und mitzustimmen.

Hier tritt besonders deutlich die eigenartige Stellung

der Gründer dadurch hervor, daß sie mit Wirkung für die spätere Aktiengesellschaft handeln.

Das Gesetz setzt selbst in den Vorschriften über die Gründung ein mannigfaches Handeln für die Gesellschaft voraus.

So schließen die Gründer den Gesellschaftsvertrag ab in der Absicht, daß die Aktiengesellschaft die in demselben festgesetzten Rechte und Verpflichtungen mit ihrer Entstehung erwerben oder eingehen soll, insbesondere soll die entstandene Aktiengesellschaft die festgesetzten Vergütungen für Sacheinlagen, die versprochenen Vorteile an Aktionäre und Gründerbelohnungen gewähren und die etwa abgeschlossenen Übernahmeverträge erfüllen.

In ähnlicher Weise betätigen sich die Gründer einer Gesellschaft m. b. H. Insbesondere schreibt das Gesetz vor, daß der Gesellschaft bereits im Gründungsstadium ein oder mehrere Geschäftsführer bestellt werden müssen, da die Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister nach § 78 GmbHG. durch die Geschäftsführer zu erfolgen hat.

Das Reichsgericht hat wiederholt ausgesprochen, daß ein direkter Erwerb des im Gesellschaftsvertrage für die Aktiengesellschaft bestimmten Vermögens seitens der letzteren stattfinde, daß es also eines besonderen Übertragungsaktes nicht bedürfe.[1])

Auch für die Gesellschaft m. b. H. hat das Reichsgericht (RG. Bd. 58 S. 56) anerkannt, daß, falls im Gesellschaftsvertrage Bestimmungen darüber, in welcher Weise und durch welche Organe in der Zeit bis zur Eintragung in das Handelsregister für die gegründete Gesellschaft gehandelt werden soll, fehlen, die Gesellschafter durch einstimmigen Beschluß die für die Entstehung der Gesellschaft m. b. H. notwendigen Anordnungen mit dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalte treffen können, daß die hieraus sich ergebenen Rechte und Pflichten ohne weiteres für die Gesellschaft nach deren Eintragung in das Handelsregister wirksam werden sollen.

Um nun aus den von den Gründern geschlossenen Verträgen eine Verpflichtung und Berechtigung der späteren Aktiengesellschaft und Gesellschaft m. b. H. zu motivieren, sind die verschiedensten Theorien aufgestellt worden.[2])

Die einen haben an die Verträge zugunsten Dritter erinnert.[3]) Das Reichsoberhandelsgericht hat mehrfach die

---

[1]) RG. Bd. 18 S. 64, Bd. 24 S. 22, in JurW. S. 414, 12; RGSt. Bd. 36 S. 73; vgl. auch OLG. Hamburg in Seufferts Arch. 3. Folge Bd. 1 S. 434; bayer. ObLG. bei Holdheim Bd. 11 S. 26; vgl. für die eingetragene Genossenschaft RG. Bd. 39 S. 29, in JurW. 1906 S. 773, 43.

[2]) vgl. RG. Bd. 24 S. 23.

[3]) So Gierke, GenTh. S. 124ff.; dagegen Hellwig a. a. O. S. 251.

Ansicht vertreten, daß die Aktiengesellschaft Rechtsnachfolgerin einer von ihr verschiedenen Gründungsgesellschaft sei.[4]) Andere haben sich die Gründer als Geschäftsführer ohne Auftrag gedacht.

Alle diese Theorien sind jedoch abzulehnen. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß die Gründung einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. ein einheitlicher Akt ist, der erst mit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister seinen Abschluß findet.[5]) Der als Ganzes aufzufassende Wille der Gründer bildet die Gesellschaft. Er schafft zunächst durch Verträge die zur Entstehung der juristischen Person erforderlichen Substrate, nämlich eine Vereinigung von Personen und das vom Gesetze erforderte Kapital, gleichzeitig aber begründet er im Gesellschaftsvertrage Rechte und Pflichten der künftigen Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. Diese Schaffung von Rechten und Pflichten bildet somit einen Bestandteil des Schöpfungsaktes. Letzterer schließt ab mit der Eintragung in das Handelsregister. Erst die Eintragung verleiht kraft positiver Bestimmung des Gesetzes der bisher obligatorisch verbundenen Personenvereinigung die Einheitsstruktur einer juristischen Person, ausgestattet und belastet mit den durch den Willen der Gründer im Gesellschaftsvertrage festgestellten Rechten und Pflichten.[6])

Faßt man die Gründung der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft m. b. H. von diesem Gesichtspunkte aus auf, so ergibt sich, daß die in der Entstehung begriffene und die entstandene Gesellschaft identisch sind, und daß sich nur der rechtliche Charakter der Vereinigung verwandelt.[7])

Bestehen aber die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft m. b. H., zwar nicht „als solche" (§ 200 HGB.; § 11 GmbHG.), wohl aber als entstehende Aktiengesellschaft und Gesellschaft m. b. H. mit anderen rechtlichen Eigenschaften, insbesondere noch ohne die Einheitsstruktur einer juristischen Person, bereits vor der Eintragung in das Handelsregister, so muß man, um die Wirksamkeit der von den Gründern abgeschlossenen Verträge für die spätere juristische Person erklären zu können, zu der Auffassung kommen:

Die Gründer sind die vom Gesetz bestimmten Organe der entstehenden Aktiengesellschaft und Gesellschaft m. b. H.

Nur so kann man die in den obenerwähnten Theorien liegenden Schwierigkeiten vermeiden und dem wahren Willen des Gesetzes Rechnung tragen.

---

[4]) s. ROHG. Bd. 7 S. 271, Bd. 11 S. 381, dagegen jedoch Bd. 20 S. 198.
[5]) vgl. Behrend S. 778 Anm. 3; Pinner § 187 II, 2.
[6]) vgl RG. Bd. 18 S. 65, Bd. 24 S. 22.
[7]) vgl. RG. Bd. 39 S. 29 (Genossenschaft besteht, aber nicht „als solche").

Gehen wir davon aus, daß die „errichtete“ und die „bestehende“ Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. identische Vereinigungen in verschiedenen Stadien der Entwicklung sind, so finden wir, daß als eadem persona mit der fertigen Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. die entstehende zunächst für diese die zu deren Gunsten und Lasten im Gesellschaftsvertrage oder durch die von den Gründern angenommene Zeichnung stipulierten Berechtigungen und Verpflichtungen übernimmt. Daraus folgt aber zunächst, daß die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten, z. B. die vom Gesetze erforderte Einzahlung der ersten Rate seitens der Gründer oder Zeichner an die entstehende Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H., wirkliche Erfüllung ist und auch gegenüber der entstandenen Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. als Erfüllung zu gelten hat.

VII. Die entstehende Aktiengesellschaft und Gesellschaft m. b. H. im Rechtsverkehr.

Allgemeines.

Weit bedeutungsvoller aber ist die Auffassung der Gründer als Organe der entstehenden Aktiengesellschaft und Gesellschaft m. b. H., wenn wir die Rechtsverhältnisse untersuchen wollen, die durch den Abschluß von Verträgen seitens der Gründer mit Dritten im Gründungsstadium entstehen.

Die Gesetze selbst enthalten in § 200 Abs. 1 HGB. und § 11 Abs. 2 GmbHG. nur die Bestimmung, daß vor der Eintragung ins Handelsregister Aktiengesellschaft und Gesellschaft m. b. H. als solche nicht bestehen, und daß die Handelnden persönlich und solidarisch haften, wenn vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt wird.

Das Gesetz spricht also nur vom Handeln „im Namen der Gesellschaft“. Unter „Gesellschaft“ kann aber bei genauer Vergleichung mit dem ersten Satze dieser gesetzlichen Bestimmungen („Vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Aktiengesellschaft [Gesellschaft m. b. H.] als solche nicht“) nur die entstandene, d. h. die eingetragene Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. gemeint sein.

Unter diese Bestimmung fällt also zunächst einmal nicht das Handeln der Gründer „für die entstehende Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H.“ Aus der Stellung der Gründer als Organe der entstehenden Aktiengesellschaft und Gesellschaft m. b. H. ist zu folgern, daß dieselben mit Wirkung für die künftige juristische Person Rechte erwerben und Verpflichtungen eingehen können in

dem Umfange, als sie zur Entstehung der Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. erforderlich sind.[1] Insoweit bedarf es eines besonderen Eintritts der Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. in die von den Gründern abgeschlossenen Verträge nicht.

Aber auch nur insoweit. Liegen die von den Gründern vorgenommenen Rechtshandlungen nicht innerhalb des Gesellschaftszweckes, so tritt eine Berechtigung oder Verpflichtung der Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. nicht ohne weiteres ein.

Weiter wird die Bestimmung der §§ 200 Abs. 1 HGB., 11 Abs. 2 GmbHG. auch dann nicht anzuwenden sein, wenn ein Geschäft, das für die entstandene Gesellschaft wirksam sein soll, unter der Bedingung abgeschlossen wird, daß die Gesellschaft zur Entstehung gelangt.

Schließlich ist auch der Fall möglich, daß die Gründergesellschaft in ihrer Eigenschaft als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts Verträge abschließt oder Eigentum erwirbt.

Es lassen sich demnach alle von den Gründern im Gründungsstadium vorgenommenen Rechtsgeschäfte mit Dritten einteilen nach ihrer Wirkung in:

1. Rechtsgeschäfte der Gründer, durch welche die entstandene Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird;
2. sonstige Rechtsgeschäfte der Gründer;
3. das Handeln nach § 200 Abs. 1 HGB., § 11 Abs. 2 GmbHG.

1. Rechtsgeschäfte der Gründer, durch welche die entstandene Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird.

Nach dem eben Ausgeführten können die Gründer für die spätere Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. Rechte erwerben und Verpflichtungen erzeugen unter der Voraussetzung, daß ihre Handlungen innerhalb des Gesellschaftszweckes liegen.

Hierher gehört bei der Aktiengesellschaft zunächst der Fall der Übernahme „von vorhandenen oder herzustellenden Anlagen oder sonstigen Vermögensgegenständen" gemäß § 186 Abs. 2 HGB. Die für den übernommenen Gegenstand zu gewährende Vergütung ist im Gesellschaftsvertrage festzusetzen. Nach § 186 Abs. 3 HGB. ist ein derartiges Abkommen, welches nicht die vorgeschriebene Festsetzung im Gesellschaftsvertrage gefunden hat, der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Diese Tätigkeit der Gründer umfaßt gleich-

[1] So RG. Bd. 32 S. 98: „als dies durch den vom Gesetze geordneten Entstehungshergang ... bedingt wird". Dagegen Makower § 200 IIa.

zeitig den Abschluß der Verträge, welche etwa sonst der Übernahme nach § 186 zugrunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind, und die nach § 195 Abs. 2 Ziff. 2 der Anmeldung zum Handelsregister beizufügen sind.

Der Übernahmevertrag ist im Gegensatze zu dem früher erwähnten Einbringungsvertrag kein Gesellschaftsvertrag, sondern ein gegenseitiger Vertrag anderer Art, gewöhnlich Kauf, durch den die Gründer mit einem Dritten dahin übereinkommen, daß vorhandene oder herzustellende Anlagen oder sonstige Vermögensgegenstände von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen werden sollen.

Zum Abschluß solcher Verträge sind die Gründer gesetzlich ermächtigt. Die Aktiengesellschaft tritt, falls die gesetzliche Vorschrift des § 186 Abs. 2 HGB. beachtet wird, ohne weiteres mit ihrer Entstehung in die so begründeten Rechte und Pflichten ein.

Es ist nun streitig, ob solche Verträge ohne weiteres als unter der Bedingung der Entstehung der Gesellschaft geschlossen zu gelten haben oder nicht.

Staub (HGB. § 186 Anm. 19) scheint dies nicht anzunehmen. Er ist nur der Ansicht, daß im Zweifel der Veräußerer zur Erfüllung vor der Eintragung nicht verpflichtet sei, im übrigen vertritt er die Auffassung, daß aus solchen Verträgen zunächst die Gesellschafter berechtigt und verpflichtet werden, jedoch nur mit dem Gesellschaftsvermögen (HGB. § 200 Anm. 5).

Homberger (a. a. O. S. 37) meint, daß auch, wenn die Gesellschaft nicht zustande komme, eine Haftung der Gründer deshalb nicht erwachse, weil die Übernahmeverträge unter der Bedingung der Entstehung der Gesellschaft geschlossen zu werden pflegten und mit dem Ausfall der Bedingung ihrer Wirksamkeit verlustig gingen. Er nimmt also anscheinend das Vorliegen einer auflösenden Bedingung an.

Lehmann (a. a. O. Bd. 1 S. 374), Ring (bei Lehmann-Ring § 186 Nr. 4) und Pinner (a. a. O. § 186 III) halten den Übernahmevertrag für aufschiebend bedingt.

Mit Rücksicht darauf, daß bei Abschluß eines derartigen Vertrages beide Kontrahenten davon unterrichtet sind, daß die Aktiengesellschaft noch nicht besteht, und die Absicht der Parteien im Zweifel dahin gehen wird, die Wirkung des Vertrags erst eintreten zu lassen, wenn die Eintragung der Gesellschaft erfolgt ist, ist m. E. mangels anderer ausdrücklicher Vereinbarungen eine aufschiebende Bedingung nach § 158 BGB. anzunehmen.

Eine Haftung der Gründer tritt also in solchem Falle beim Nichtzustandekommen der Gesellschaft nicht ein.

Es ließe sich nun der Fall denken, daß die Gründer Rechts-

geschäfte geschlossen haben, die ihrer Natur nach Übernahmeverträge sind, aber im Gesellschaftsvertrage keine Aufnahme finden. Nach § 186 Abs. 4 HGB. ist ein solcher Vertrag der Gesellschaft gegenüber unwirksam.

Die Mehrzahl der Kommentatoren folgern aus dieser Gesetzesbestimmung, daß derartige Festsetzungen überhaupt nichtig sind,[2]) daß also weder die Gesellschaft noch der Gegenkontrahent an solche Verträge gebunden sind. Eine Heilung der Nichtigkeit kann demnach nicht durch formlose Genehmigung der Gesellschaft, sondern nur durch sich als Statutenänderung darstellenden Beschluß der Generalversammlung stattfinden.[3])

Demgegenüber hat das Reichsgericht in einer Entscheidung v. 5. 1. 1903 (RGSt. Bd. 36 S. 73) sich auf den Standpunkt gestellt, daß derartige Verträge durch nachträgliche Genehmigung der Gesellschaftsorgane für die Aktiengesellschaft nach ihrer Entstehung wirksam werden. Dies würde sich aber als Folge der Auffassung ergeben, daß die Gründer hier als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelten.

Angesichts der strikten Vorschrift des § 186 Abs. 4, daß jedes Abkommen betreffs Übernahmen, das nicht die vorgeschriebene Festsetzung im Gesellschaftsvertrage gefunden hat, der Gesellschaft gegenüber unwirksam ist, ist entgegen der Ansicht des Reichsgerichts an der oben entwickelten Auffassung festzuhalten.

Die Frage jedoch, ob etwa die Gründer persönlich aus solchen Verträgen verpflichtet sind, ist durch die Fassung des Gesetzes offen geblieben und regelt sich nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Treffen die Gründer ein solches Abkommen, so ist Gegenstand der Leistung, daß sie die Festsetzung im Gesellschaftsvertrage bewirken.[4]) Es wird sich hierbei wesentlich um die Frage handeln, ob die Gründer sich nur zur Aufwendung von Bemühungen dahin verpflichtet haben, daß die Feststellung in den Gesellschaftsvertrag kommt, oder ob sie darüber hinaus eine Haftuug für den Erfolg ihrer Bemühungen übernommen, also sich persönlich verpflichtet haben, die Leistung der Gesellschaft, also die Leistung eines Dritten, zu verschaffen. Eine Vermutung dafür stellt das Gesetz nicht auf. Es ist also im einzelnen Falle Interpretationsfrage. Haben die Gründer im ersteren Falle die Bemühungen nicht aufgewendet oder, falls sie eine Haftung für den Erfolg

---

[2]) So Ring bei Lehmann-Ring § 186 Nr. 6; Makower § 186 III; Pinner § 186 IV; Staub, HGB. § 186 Anm. 16; Hombergera. a. O. S. 38.

[3]) vgl. RG. in JurW. 1904, S. 182, 29: „Ein nichtiges Rechtsgeschäft erlangt aber nur dadurch rechtliche Wirksamkeit, daß es erneut unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften vorgenommen wird".

[4]) So Ring bei Lehmann-Ring § 186 Nr. 6.

ihrer Bemühungen übernommen haben, diesen nicht erreicht, so haften sie der Gegenpartei auf vollen Schadensersatz nach §§ 280, 249 ff. BGB.[5])

Das Gesetz über die Gesellschaften m. b. H. kennt eine dem § 186 Abs. 2, 4 HGB. analoge Bestimmung nicht. Das Gesetz erwähnt nur den Fall, daß die Gesellschaft einen Gegenstand gegen Vergütung übernimmt und diese Vergütung auf die Stammeinlage angerechnet wird. Diese Abrede, die der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag bedarf (§ 5 Abs. 4 GmbHG.), ist aber lediglich eine Umgehung der unmittelbaren Sacheinlage. Da die Einlage stets in Geld bestimmt sein muß, so wird, wie bei der Sacheinlage, statt baren Geldes eine andere Leistung von der Gesellschaft angenommen, in beiden Fällen ist der Leistende Gesellschafter, und muß das Abkommen als Teil des Gesellschaftsvertrags vereinbart werden.[6]) Der ganze rechtliche Unterschied ist aber der, daß im ersteren Falle das Geschäft in die Form einer Hingabe an Zahlungsstatt, im zweiten Falle in die Form eines Kaufvertrags und einer sich anschließenden freiwilligen Aufrechnung gekleidet wird, wozu als rein tatsächlicher Unterschied in manchen Fällen Vereinbarungen über die Zahlung des nicht aufgerechneten Teils des Preises notwendig sind.

Es ist nun die Frage, ob die Gründer der Gesellschaft m. b. H. vor der Eintragung der Gesellschaft mit Dritten, die eine Stammeinlage nicht übernehmen, ein Abkommen betreffs Übernahme von Vermögensgegenständen treffen können mit der Wirkung, daß die entstandene Gesellschaft m. b. H. ohne weiteres daraus berechtigt und verpflichtet wird.

Neukamp (§ 11 N. 2) verneint dies mit Rücksicht auf § 5 Abs. 4 GmbHG. und unter Hinweis auf die Begründung.[7]) Er folgert: „Daß Verträge über den Erwerb von Gegenständen, welche dritten Personen gehören, mit verpflichtender Wirkung für die Gesellschaft vor deren Eintragung nicht geschlossen werden können".

Es ist zu prüfen, ob diese Ansicht richtig ist. Zunächst ist es nicht notwendig, daß der Inferent Eigentümer des einzulegenden Gegenstandes ist. Man kann sich auch gültig verpflichten, einen zurzeit noch fremden Gegenstand zu inferieren.[8]) Hierzu

---

[5]) So Pinner § 186 VI; Ring bei Lehmann-Ring § 186 Nr. 6; anders Homberger a. a. O. S. 38, der die Vorschriften über die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht gemäß §§ 179 ff BGB. zur Anwendung kommen lassen will mit der Modifikation, daß eine nachträgliche Genehmigung ausgeschlossen sei.

[6]) So auch für die Aktiengesellschaft Makower § 186 II b; vgl. Staub, GmbH. § 5 Anm. 29.

[7]) Begr. in dem Stenogr. Ber. über die Verhandl. des Reichst. Session 1890/92 Anl.-Bd. 5 S. 3734.

[8]) vgl. RG. in JurW. 1900 S. 414, 12; bayr. ObLG. in OLGR. Bd. 1 S. 248.

ist die Zustimmung des Dritten erforderlich. Liegt diese nicht vor, so ist trotzdem die Einlageerklärung wirksam. Es fehlt in solchem Falle nur an der Gewißheit der Erfüllung. Für einen Mangel im Rechte haftet der Inferent nach § 437 BGB. Sehr wohl kann aber eine Illation in der Weise erfolgen, daß die Gesellschaft die Gegenstände im Gesellschaftsvertrage von einem Dritten übernimmt mit der Abrede, daß sie die Einlage eines Gesellschafters bilden. Der mit diesem Dritten geschlossene Vertrag wird nach der Eintragung der Gesellschaft für diese unmittelbar wirksam.[9])

Insoweit ist die Ansicht Neukamps also zweifellos unrichtig.

Wie steht es nun aber mit den im Gesetz nicht erwähnten Übernahmeverträgen mit Dritten, die nicht Gesellschafter sind, und deren Gegenleistung nicht in der Verrechnung mit einer Einlage besteht?

Staub (GmbH. § 5 Anm. 30) weist darauf hin, daß § 5 Abs. 4 GmbHG. im Wortlaut übereinstimmt mit § 279 HGB., der die Bestimmungen über die Erhöhung des Grundkapitals der Aktiengesellschaft enthält, und findet darin, daß die Gründung der Gesellschaft m. b. H. in ihrer Behandlung dem Vorgange der Erhöhung des Grundkapitals der Aktiengesellschaft gleichgestellt ist. Er macht weiter darauf aufmerksam, daß keine der bei der Gründung der Aktiengesellschaft zugunsten der Aktionäre aufgestellten Schutzvorschriften in die Gründungsvorschriften der Gesellschaft m. b. H. übernommen, sondern nur die Sacheinlage mit Rücksicht auf die Gläubiger im Gesellschaftsvertrage festzustellen ist. Staub zieht daraus die Schlußfolgerung: „So wenig das Gesetz die Vorschriften über den Erwerb von Anlagen oder Immobilien in den nächsten zwei Jahren nach der Gründung von dem Aktienrecht übernahm, so wenig kennt es die Bestimmung über die Unwirksamkeit einer Übernahmeabrede zu Lasten der Gesellschaft, falls nicht ein Gesellschafter seine Einlage hierdurch begleicht".

Die Richtigkeit seiner Folgerung ist nicht von der Hand zu weisen: Es ist deshalb anzunehmen, daß der Erwerb von Gegenständen, welche weder als Einlage von einem Gesellschafter eingebracht, noch auf eine solche angerechnet, sondern nach der Errichtung der Gesellschaft, wenn gleich vor deren Eintragung aus dem eingegangenen Stammkapital effektiv bezahlt werden, wirksam ist. Er bildet einen Akt der Geschäftsführung, welcher unter der Verantwortlichkeit der Geschäftsführer (§ 35 des Gesetzes) vorgenommen und durch dieselbe gedeckt wird.[10])

---

[9]) Staub, GmbH. § 5 Anm. 24; Esser § 5 Abs. 2.

[10]) So Begr. in den Stenogr. Ber. über die Verhandl. des Reichst. Session 1890/92 S. 3734; Liebmann § 5 Nr. 9; Birkenbihl § 5 zu Abs. 4 Nr. 5; Esser zu § 5; Parisius-Crüger § 5 Nr. 6.

Die Verpflichtungen aus solchen nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommenen Übernahmeverträgen gehen aber auf die entstandene Gesellschaft nicht ohne weiteres über. Sie fallen nicht in die Grenzen der in diesem Abschnitt zu behandelnden Rechtsgeschäfte.

Mit den vorerwähnten Übernahmeverträgen ist der Kreis der von den Gründern vor der Entstehung einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. vorgenommenen Rechtshandlungen nicht geschlossen. Bei der Gesellschaft m. b. H. ist vor allem das Eingehen von Dienstverhältnissen mit den Geschäftsführern, die nach § 6 Abs. 2 GmbHG. nicht Gesellschafter zu sein brauchen, nötig, bei beiden Gesellschaften bilden die Empfangnahme und die Verwaltung der Einlagen sowie andere zur Vorbereitung der Entstehung der Gesellschaft erforderliche Akte (Beauftragung eines Notars, Saalmiete, Stempelzahlung) notwendige Gründungshandlungen.

Rechtsgeschäfte dieser Art sind nicht aufschiebend bedingt durch die spätere Entstehung der Gesellschaft, ihre Wirkungen treten bereits im Gründungsstadium ein.

Soweit sich die Tätigkeit der Gründer in diesen Grenzen hält, gehen die aus den von ihnen geschlossenen Verträgen sich ergebenden Rechte und Verpflichtungen ohne weiteres auf die entstandene Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. über, und zwar ohne besonderen Übertragungsakt.[11]) Eine Haftung der Gründer besteht somit nach Eintragung der Gesellschaft aus solchen Rechtsgeschäften nicht.

Wie steht es aber nun, wenn es zur Eintragung nicht kommt? Getätigt werden diese Rechtshandlungen, wie wir gesehen haben, von den Gründern. Diese bilden eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Berechtigt und verpflichtet werden also zunächst die Gründer. Sie haften mit ihrem ganzen Vermögen und nach § 427 BGB. im Zweifel solidarisch. Nun liegt dies aber, wie Staub[12]) hervorhebt, keineswegs in der Absicht der Gründer. Er hält es deshalb für möglich, daß in den von den Gründern für die entstehende Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. abgeschlossenen Verträgen die stillschweigende Vereinbarung liege, daß der Gläubiger sich nur an das Gesellschaftsvermögen halten solle, daß also die Haftung auf bestimmte Gegenstände beschränkt werde. Eine solche Vereinbarung ist vom Reichsgericht (RG. Bd. 22 S. 229) für wirksam anerkannt worden. Es wäre also möglich,

[11]) RG. Bd. 32 S. 98; in JurW. 1900 S. 414, 12, 1905 S. 31, 48; RGSt. Bd. 36 S. 73; OLG. Hamburg bei Seufferts Arch. 3. Folge Bd. 1 S. 434; bayr. ObLG. bei Holdheim Bd. 11 S 26.

[12]) HGB. § 200 Anm. 5, GmbH. § 11 Anm. 5.

eine weitergehende Haftung der Gründer durch Vereinbarung bei Abschluß des Rechtsgeschäfts auszuschließen. Ob eine derartige Beschränkung der Haftung aber in jedem Falle als stillschweigend vereinbart gelten kann, ist m. E. zum mindesten zweifelhaft.

Niemals können aus diesen von den Gründern vorgenommenen Rechtshandlungen vor der Entstehung der Aktiengesellschaft die Zeichner haftbar werden. Denn der von ihnen durch die Zeichnung und deren Annahme seitens der Gründer geschlossene Vertrag verpflichtet die Zeichner in diesem Stadium lediglich zur Einzahlung der statutenmäßigen Beiträge, berechtigt sie aber andererseits zur Mitgliedschaft an der Aktiengesellschaft, vorausgesetzt, daß diese zur Entstehung gelangt.

Nun kann bei der Gesellschaft m. b. H. aber auch der Fall eintreten, daß die Gesellschafter als solche ein Rechtsgeschäft abschließen, in der Absicht, nicht für die entstehende Gesellschaft m. b. H., sondern für sich selbst als Mitglieder der von ihnen gebildeten Gesellschaft des bürgerlichen Rechts Rechte zu erwerben. Erwerben die Gesellschafter so einen Gegenstand, so wird dieser Gesamteigentum nach § 718 BGB. Da Gründergesellschaft und Gesellschaft m. b. H. identische Vereinigungen sind, sich also nur die Rechtsnatur dieser Vereinigung durch die Eintragung ändert, so wird mangels einer entgegenstehenden gesetzlichen Bestimmung im Momente der Eintragung die Gesellschaft m. b. H. Eigentümerin eines so erworbenen Gegenstandes.[13])

Schließlich kann es vorkommen, daß bereits vor der Gründung sowohl einer Aktiengesellschaft als einer Gesellschaft m. b. H. Verträge abgeschlossen werden, aus denen die künftige Gesellschaft lediglich Rechte erwerben soll. In diesem Falle steht der Anwendung der §§ 328 ff. BGB. nichts im Wege. Es wird also die Aktiengesellschaft oder die Gesellschaft m. b. H. mit ihrer Eintragung diese Rechte erwerben.[14]) Der Inhalt dieser Vorverträge kann verschiedener Natur sein. Es können sich z. B. die Gründer verpflichten, der Gesellschaft Kredit zu gewähren, ihr keine Konkurrenz zu machen oder ihr Bezugsrechte auf Produkte der Gesellschafter einzuräumen. Voraussetzung der Anwendung der §§ 328 ff. ist aber immer, daß irgendwelche Verpflichtung der Gesellschaft in solchen Verträgen nicht statuiert ist. Solche Absprachen sind der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag fähig und werden auch meist diese Festsetzung finden. Aus der Nichtaufnahme in den Gesellschaftsvertrag kann aber nicht ohne weiteres darauf geschlossen werden, daß solche Absprachen nicht

[13]) vgl. Staub, GmbH. § 11 Anm. 4.
[14]) vgl. Staub, GmbH. § 11 Anm. 3.

gültig sein sollen. Es wird im einzelnen Falle Auslegungsfrage sein, ob die Gesellschaft aus solchen Verträgen ein unmittelbares Recht erwerben sollte. Es kann sein, daß die Gründer den Weg des besonderen Abkommens aus dem Grunde gewählt haben, weil hierdurch die Verfügung über diese Rechte auch ohne Statutenänderung möglich ist, es kann jedoch die Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag deshalb nicht erfolgt sein, weil nur gegenseitige Verbindlichkeiten der Gesellschafter gewollt waren, die Gesellschaft aber ein unmittelbares Recht nicht erwerben sollte.

2. Sonstige Rechtsgeschäfte der Gründer.

Häufig werden jedoch von den Gründern im Gründungsstadium noch andere Rechtsgeschäfte vorgenommen, welche für die spätere Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. wirksam sein sollen.

Hierher gehören insbesondere Rechtsgeschäfte, welche im Interesse des zukünftigen Geschäftsbetriebs abgeschlossen werden. Die hier in Betracht kommenden Fälle sind von größter Mannigfaltigkeit. Man denke z. B. an Dienstverträge, an Verträge auf Lieferung von Waren durch die zukünftige Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H., Sicherung eines Mietobjekts und anderes, was bereits in die Lebenssphäre der entstandenen Gesellschaft eingreift. Bei Abschluß solcher Verträge können sich die Vertragschließenden wohl bewußt sein, daß die Gesellschaft noch nicht eingetragen ist.

Solche Geschäfte sind nun zweifellos keine eigentlichen Gründungsgeschäfte, die Gründer sind gesetzlich zum Abschluß solcher Geschäfte nicht ermächtigt. Eine Vorschrift entsprechend der des § 186 Abs. 4 HBG., wonach diese Geschäfte von vornherein unwirksam wären, besteht aber weder für die Aktiengesellschaft noch für die Gesellschaft m. b. H.

Es ist deshalb anzunehmen, daß solche Geschäfte wirksam sind. Ein unmittelbarer Übergang der Rechte und Verpflichtungen aus diesen Verträgen auf die Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. findet aber nicht statt. Sie gehören nicht zu den Rechtsgeschäften, deren Vornahme zur Entstehung der Gesellschaft erforderlich ist.[15])

Sinngemäß finden auf solche Geschäfte die Vorschriften der §§ 177 ff. BGB. Anwendung. Sie können also nachträglich, d. h.

[15]) vgl. RG. in JurW. 1905 S. 31, 48: „Wenngleich während jenes Zeitraums in gewissen Grenzen für die Gesellschaft m. b. H. Rechtsgeschäfte mit der Wirkung vorgenommen werden können, daß die daraus entspringenden Rechte im Augenblicke der Eintragung auf die Gesellschaft übergehen, so trifft dies doch nur bezüglich solcher Rechtsgeschäfte zu, deren Vornahme zur Entstehung der Gesellschaft erforderlich ist, nicht bezüglich solcher, welche den künftigen Geschäftsbetrieb betreffen."

nach Eintragung der Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H., durch die berufenen Organe genehmigt und so zur Wirksamkeit gebracht werden.[16]) Eine Haftung der Gründer tritt dann nach § 179 BGB. nicht ein.

Solche Rechtsgeschäfte werden fast immer unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung abgeschlossen sein, daß die Gesellschaft durch Eintragung ins Leben trete. Gelangt die Gesellschaft nun nicht zur Entstehung, so ist das Rechtsgeschäft unwirksam wegen des Ausfalls der Bedingung.

Eine andere Frage ist jedoch die, ob eine Haftung der Gründer aus solchen Geschäften eintritt, wenn die Gesellschaft zwar zur Entstehung gelangt, die Genehmigung aber nachträglich nicht erfolgt. Es kommt dann darauf an, ob die Vertragschließenden ausdrücklich oder stillschweigend auch die Genehmigung durch die spätere Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. als Bedingung des Geschäfts vereinbart haben. In diesem Falle würde ebenfalls das Geschäft durch Ausfall der Bedingung unwirksam bleiben. Sonst würde Haftung der Gründer nach § 179 BGB. auf Erfüllung oder Schadensersatz eintreten.

Soweit jedoch in dem Abschluß eines im vorhergehenden behandelten Geschäfts eine ausdrückliche oder stillschweigende Abhängigmachung von der späteren Entstehung der Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. *nicht* zu finden ist, tritt beim Nichtzustandekommen der Gesellschaft *persönliche* und im Zweifel *solidarische Haftung der Gründer* ein (s. oben S. 41/42).

Hierunter gehört auch der unter 1. bereits erwähnte Fall, daß die Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b. H. im Gründungsstadium für die künftige Gesellschaft *Übernahmeverträge* abschließen, die nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen waren. Sie können ebenfalls nach der Entstehung der Gesellschaft m. b. H. genehmigt und so für dieselbe wirksam werden.

Auch bei der Aktiengesellschaft kann es schließlich vorkommen, daß die Gründer in ihrer Eigenschaft als eine *Gesellschaft des bürgerlichen Rechts* Rechte, auch Eigentum erwerben. Das *Reichsgericht* (RGSt. Bd. 36 S. 73) hat in der bereits oben erwähnten Entscheidung ausgesprochen, daß in solchem Falle die Absicht der Gesellschaft und der für sie Handelnden gerade darauf gerichtet sein muß, für diese Gesellschaft, und nicht etwa nur für die künftige Aktiengesellschaft mit Wirkung von deren rechtlicher Entstehung an, Eigentum zu erwerben.

Die Gründer handeln in solchem Falle für ihre eigene Person. Alle Rechte entstehen für die Gesamtheit der Gründer. Sie er-

---

[16]) So auch *Homberger* a. a. O. S. 38.

werden, soweit eine Übertragung von Eigentum stattfindet, Gesamteigentum gemäß § 718 BGB. Geschieht dies bei einer Gesellschaft m. b. H., so wird, wie oben bereits erwähnt, im Augenblicke der Eintragung die eingetragene Gesellschaft m. b. H. die Eigentümerin.

Anders bei der Aktiengesellschaft. Hier steht einem derartigen Rechtsübergang die Vorschrift des § 186 Abs. 4 HGB. entgegen. Ein Eintritt der Aktiengesellschaft in solche für die Gründergesellschaft erworbene Rechte und eingegangene Verpflichtungen kann nur durch Akte der Rechtsübertragung und der Schuldübernahme nach Eintragung der Gesellschaft erfolgen (so auch das Reichsgericht a. a. O.). Maßregeln, durch die die Umgehung der gesetzlichen Vorschrift des § 186 HGB. verhindert werden soll, trifft das Gesetz in den §§ 207 u. 208 HGB. über die sogen. Nachgründungen.

3. Das Handeln nach § 200 Abs. 1 HGB., § 11 Abs. 2 GmbHG.

Die in den vorhergehenden beiden Abschnitten dargelegten Rechtsfolgen treten jedoch nur dann ein, wenn namens der „entstehenden" oder der „errichteten" Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. oder für die „Gründergesellschaft" gehandelt worden ist. Niemals darf vor der Eintragung „namens der Aktiengesellschaft" oder „namens der Gesellschaft m. b. H.", als wären sie schon entstanden, gehandelt werden, sonst tritt „persönliche und solidarische Haftung der Handelnden" ein.

Über die Bedeutung dieser Vorschrift hat vielfach Streit geherrscht.

So war man sich lange Zeit im unklaren, ob diese Bestimmung nur ein Anwendungsfall der Lehre vom **falsus procurator** sei, oder eine besondere von dieser Lehre gänzlich unabhängige **„handelspolitische Strafnorm"**, um für das Handeln vor Eintragung der Aktiengesellschaft besondere Nachteile zu statuieren. Die praktischen Konsequenzen dieser Auffassungen liegen darin, daß im ersteren Falle bei entsprechender Anwendung des Art. 55 Abs. 2 a. HGB.: „Diese Haftungspflicht tritt nicht ein, wenn der Dritte, ungeachtet er den Mangel der Prokura oder der Vollmacht ... kennt, sich mit ihm eingelassen hat" (jetzt entsprechend § 179 Abs. 3 BGB.) die Kenntnis des Dritten von der Nichtexistenz der Gesellschaft die Haftung aufhebt, während sie im letzteren Falle die Haftung nicht berührt.

Es ist zunächst darauf hinzuweisen, daß, wie Homberger (a. a. O. S. 35) ausführt, eine entsprechende Bestimmung bereits im Art. 181 des preußischen Entwurfs enthalten war, und die Motive zu diesem Entwurf erklären, daß diese Bestimmung „verhüten" solle, „daß die Aktiengesellschaft vor erteilter landesherr-

licher Genehmigung faktisch als solche ihre Geschäfte beginne". Weiter liegt ein wesentlicher Unterschied der Bestimmung des § 200 HGB. und des § 11 GmbHG. von der des § 179 BGB. darin, daß erstere schlechthin eine Haftung der Handelnden statuiert, letztere dem Dritten die Wahl zwischen dem Anspruch auf Erfüllung und auf Schadensersatz gibt. Weder das Handelsgesetzbuch noch das Gesetz betr. die Gesellschaften m. b. H. enthalten schließlich irgendeine Andeutung, woraus man die entsprechende Anwendung der Bestimmungen vom falsus procurator schließen könnte. Es ist deshalb anzunehmen, daß die Bestimmungen des § 200 HGB. und des § 11 GmbHG. nicht eine Anwendung der Vorschriften über Vertretung ohne Vertretungsmacht enthalten, sondern sich darstellen als Strafnorm mit zivilrechtlichen Folgen.

Die Haftung der namens der Gesellschaft Handelnden tritt also ein ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Dritten vom Nichtbestehen der Gesellschaft.

So: das Reichsgericht (Bd. 47 S. 1, in JurW. 1901 S. 253, 12, 1902 S. 317, in DJZ. Bd. 7 S. 295, im Recht 1907 Bd. 70 S. 96, bei Gruchot Bd. 46 S. 848), Lehmann (Bd. 1 S. 442), Dernburg (Bd. 1 § 83 II), Ring (bei Lehmann-Ring § 200 Nr. 2), Staub (HGB. § 200 Anm. 10, GmbH. § 11 Anm. 9), Pinner (§ 200 III, 1), Homberger (a. a. O. S. 35 f.), Hergenhahn (§ 11 Nr. 6), Parisius-Crüger (§ 11 Nr. 2), Birkenbihl (§ 11 Nr. 4), Förtsch (§ 11 Anm. 5).

Dagegen: Behrend (S. 755), Liebmann (§ 11 Nr. 7), Heine (in DJZ. 1901 S. 555).

Eine weitere Streitfrage ist, wie der Begriff „Handelnde" auszulegen sei.

Das Reichsgericht (RG. Bd. 55 S. 302) hat ausgesprochen, daß als handelnde Personen auch diejenigen zu betrachten sind, mit deren Willen und Zustimmung gehandelt worden ist. Es erklärt infolgedessen die Gründer für haftbar, welche die Triebfeder für denjenigen bildeten, welcher äußerlich die Geschäfte führt und infolgedessen mit Dritten in rechtliche und geschäftliche Beziehungen tritt.

Einen Stützpunkt findet diese weitgehende Auslegung des Begriffes „Handelnde" in einer Bemerkung, die sich im Bd. 3 der Nürnberger Protokolle[17]) über die Beratung des dem jetzigen § 200 Abs. 1 Satz 2 entsprechenden früheren Art. 189 a. HGB. findet: „Hierzu wurde noch bemerkt, unter ‚Handelnde' seien selbstverständlich auch die etwaigen Auftraggeber der Handelnden gemeint".

---

[17]) Nürnberger Prot. Bd. 3 S. 1039, vgl. auch S. 1450.

Demgegenüber stehen eine Anzahl Autoren auf dem Standpunkte, daß sich für eine derartige Ausdehnung der Haftung im Gesetz kein Anhaltspunkt finde, und eine Haftung deshalb nur hinsichtlich der Personen eintrete, die sich aktiv beim Handeln beteiligt haben.[18])

Die Ansicht des Reichsgerichts trägt m. E. allein dem Willen des Gesetzgebers Rechnung. Denn der Zweck der Vorschrift ist der, den Dritten wirksam gegen die Gefahren des Handelns namens einer noch nicht eingetragenen Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. zu schützen. Die zur Erreichung dieses Zweckes statuierte Zivilstrafe muß deshalb alle diejenigen treffen, welche den Dritten jenen Gefahren aussetzen, die also, welche in jener Weise selbst handeln oder solches Handeln veranlaßt haben. Soll aber dieser Zweck erreicht werden, so kann auf die formale Frage, wer dem Dritten gegenüber handelnd aufgetreten ist, das entscheidende Gewicht nicht gelegt werden. Die Haftung nach § 200 Abs. 1 HGB., § 11 Abs. 2 GmbHG. kann also Gründer und auch Mitglieder des Aufsichtsrats treffen, sofern in deren Auftrag gehandelt worden ist. Die Gründer als solche haften aber auch dann nicht, wenn sie nachträglich von dem Handeln erfahren und ihm nicht widersprechen oder es gar genehmigen.[19]) § 177 BGB. ist hier nicht anwendbar, denn es ist ja nicht im Namen der Gründer oder der von ihnen gebildeten Gesellschaft, sondern im Namen der „Aktiengesellschaft" oder der „Gesellschaft m. b. H." gehandelt worden.

Die Vorschrift des § 200 Abs. 1 HGB., § 11 Abs. 2 GmbHG. ist aber, wie auch das Reichsgericht in der oben angeführten Entscheidung (RG. bei Gruchot Bd. 46 S. 855) ausgesprochen hat, nicht zwingenden Rechts. Es kann also die Haftung durch eine bei Abschluß des Geschäfts getroffene Vereinbarung ausgeschlossen werden. Dies kann in der Weise geschehen, daß den namens der Gesellschaft Kontrahierenden Freiheit von jeder Verantwortung zugesagt wird. Auch stillschweigend kann die Haftung der Handelnden ausgeschlossen werden (RG. a. a. O.). Weiter liegt ein solcher Ausschluß der Haftung selbstverständlich auch dann vor, wenn unter der Bedingung der Genehmigung der Gesellschaft abgeschlossen wird.[20])

---

[18]) So: Staub, HGB. § 200 Anm. 11; Behrend § 109 Anm. 8; Pinner § 200 III, 2 f.; Birkenbihl § 11 Nr. 4; Homberger a. a. O. S. 36; Ring bei Lehmann-Ring § 200 Nr. 2. Dagegen (der Ansicht des Reichsgerichts folgend): Hachenburg bei Staub, GmbH. § 11 Anm. 13, 17; Hergenhahn § 11 Nr. 6; Liebmann § 11 Nr. 8; Förtsch § 11 N. 4; Parisius-Crüger § 11 Nr. 2.

[19]) RG. in JurW. 1909 S. 231, 30.

[20]) So RG. Bd. 32 S. 97.

Makower (§ 200 II b) ist nun der Ansicht, daß eine Vereinbarung des Ausschlusses der Haftung als stillschweigend getroffen schon dann anzunehmen sei, wenn demjenigen, gegenüber dem die Handlung vorgenommen wird, bekannt ist, daß die Gesellschaft noch nicht eingetragen ist. Er glaubt, es sei im Zweifel als Wille der Parteien anzusehen, daß durch die Handlung, soweit möglich, diejenigen Rechtswirkungen eintreten sollen, die eingetreten sein würden, wenn die Handlung nach erfolgter Eintragung der Aktiengesellschaft vorgenommen wäre, und daß ein dahingehender Wille der Parteien maßgebend sei. Diese Ansicht ist irrig. Nach ihr würde eine Kenntnis des Dritten vom Nichtbestehen der Gesellschaft die Haftung stets ausschließen. Man käme so auf dem Umweg der Fiktion einer stillschweigenden Vereinbarung zu demselben Resultat, wie bei der oben bereits verworfenen Anwendung der Bestimmungen über den falsus procurator.

Sodann ist streitig, was unter „persönlicher Haftung der Handelnden" zu verstehen sei. Während Goldmann (§ 200 Anm. 9) und Pinner (§ 200 III, 2 e) hierunter nur die Verpflichtung der Handelnden, den Vertrag zu erfüllen, verstehen, wollen Ring (bei Lehmann-Ring § 200 Nr. 2) und Staub (HGB. § 200 Anm. 12) unter analoger Anwendung der Bestimmungen des § 179 BGB. dem Dritten die Wahl zwischen dem Anspruch auf Erfüllung und auf Schadensersatz geben. Die Entscheidung dieser Streitfrage liegt m. E. auf dem praktischen Gebiete. Folgt man der ersteren Ansicht, so würde dem Gegenkontrahenten unter Umständen ein Vertrag aufgedrängt werden, den er nicht schließen wollte. Er wollte ja mit der Aktiengesellschaft oder der Gesellschaft m. b. H. kontrahieren. Auch wird der Handelnde, nehmen wir an der angestellte Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b. H., in vielen Fällen gar nicht in der Lage sein, den Vertrag, z. B. einen Lizenzvertrag, zu erfüllen. Da unsere Vorschrift hauptsächlich den Schutz des Dritten bezweckt, wird man diesem aus praktischen Gründen die Wahl zwischen dem Anspruch auf Erfüllung und auf Schadensersatz geben müssen.

Welche Rechtsfolgen im einzelnen beim Zustandekommen der Gesellschaft eintreten, hängt davon ab, welcher Art das im Namen der Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H vorgenommene Rechtsgeschäft ist.

Liegt ein Geschäft vor, das nach seiner Natur zu denen gehört, ohne deren Vornahme die Gesellschaft nicht entstehen kann, also ein reines Gründungsgeschäft, so gehen Rechte und Verbindlichkeiten aus diesem Geschäft mit der Eintragung

ohne weiteres auf die entstandene Gesellschaft über. Eines neuen Abschlusses seitens der berufenen Organe der Gesellschaft bedarf es in einem solchen Falle nicht.

Liegt dagegen ein Geschäft vor, das über den Rahmen der eigentlichen Gründungsgeschäfte hinausgeht, das aber an sich durch die Genehmigung der Gesellschaft für diese wirksam werden kann, so wird man, um den wirtschaftlichen Forderungen gerecht zu werden, die Bestimmungen der §§ 177 ff. BGB. sinngemäß anwenden müssen. Man wird also der Gesellschaft die Möglichkeit geben müssen, in den in ihrem Interesse abgeschlossenen Vertrag einzutreten. Der Gegenkontrahent muß sich diesen Eintritt der Gesellschaft, wenn er binnen angemessener Frist erfolgt, gefallen lassen.[21])

Daß ein solcher Eintritt der Gesellschaft durch Genehmigung auch bei einem derartigen Geschäft möglich ist, erkennt das Reichsgericht in der mehrfach zitierten Entscheidung (bei Gruchot Bd. 46 S. 855) an, hebt jedoch besonders hervor, daß dadurch allein die Haftung der Handelnden nicht wegfalle. Hierzu bedarf es vielmehr eines Schuldübernahmevertrages nach § 414 BGB. zwischen der Gesellschaft und dem Gegenkontrahenten oder eines Erlaßvertrags nach § 397 BGB. zwischen diesem und denen, die namens der Gesellschaft gehandelt haben. Sonst bleibt deren Haftung in jedem Falle auch nach dem Eintritt der Gesellschaft in die Rechte und Verpflichtungen aus namens der Gesellschaft vor deren Eintragung abgeschlossenen Verträgen bestehen, sei es, daß dieser Eintritt sich ohne weiteres mit der Eintragung vollzieht, sei es, daß die Gesellschaft den Vertrag nach der Eintragung genehmigt.[22])

Die Haftung der namens der Gesellschaft Handelnden wird zur Mithaftung für die Gesellschaft. Sie ist nicht die Haftung eines Bürgen. Der Handelnde hat weder den Anspruch auf Vorausklage, noch kann er, wenn er gezahlt hat, das Recht des Dritten gegen die Gesellschaft geltend machen. Er hat nur einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Grund eines Auftragsverhältnisses oder als Geschäftsführer ohne Auftrag.

Es entsteht vielmehr ein Gesamtschuldverhältnis nach § 421 BGB.: Derjenige, der namens der Gesellschaft vor deren Eintragung handelte, und die Aktiengesellschaft (oder Gesellschaft m. b. H.) sind jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, die der Gläubiger nur einmal zu fordern berechtigt ist. Hieraus ergibt sich zunächst die Anwendung der Bestimmungen

---

[21]) So Staub, HGB. § 200 Anm. 12.
[22]) Abw. Pinner § 200 III, 2c; Cosack § 204 I, 1b.

der §§ 422—424 BGB., wonach die Erfüllung, Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung und Aufrechnung durch einen Gesamtschuldner, ein zwischen diesem und dem Gläubiger vereinbarter Erlaß und der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner auch für die übrigen Schuldner wirken. Besonders aber ist stets die Regel des § 425 BGB. anzuwenden, wonach andere als die in den §§ 422—424 BGB. bezeichneten Tatsachen, insbesondere die Kündigung usw. (§ 425 Abs. 2 BGB.), nur für und gegen den Schuldner wirken, in dessen Person sie eintreten. Denn die Verpflichtungen der beiden Schuldner, des Handelnden und der Gesellschaft, dem Gläubiger gegenüber beruhen auf verschiedenen Rechtsgründen, die Haftung des Handelnden auf der zivilrechtlichen Strafnorm des § 200 Abs. 1 HGB. (§ 11 Abs. 2 GmbHG.), die der Gesellschaft ist eine rein vertragliche.

Beide Schuldner stehen also dabei völlig selbständig nebeneinander; jeder hat nur für sich, nicht auch für den andern einzustehen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.